



Les précis de la Corpo



1

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre





Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Les précis



Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

de la



Les précis de la *Corpa*



4

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Corpa

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Année 2014-2015



Les précisions de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Précis L1 Droit – 1^{er} semestre – 2014/2015

Chers étudiants, ça y est, l'année touche à sa fin. Mais pour bien profiter de l'été et éviter les rattrapages, la case des partiels semble inévitable !

Depuis maintenant **80 ans** la **Corpo Assas** accompagne l'étudiant dans tous les domaines de la vie universitaire, et vous propose notamment des **Précis de Droit**. Ces condensés des cours, comportant un point de méthodologie, guideront, encadreront et rythmeront vos révisions des partiels. Ils ne sauraient évidemment se substituer aux exigences universitaires de recherche personnelle.

Effectivement, ces précis sont là pour vous orienter, ils sont faits par des étudiants et ne remplacent pas une présence assidue en cours et en TD ainsi que l'apprentissage régulier et approfondi des différentes matières.

Si jamais il vous venait des questions, n'hésitez pas à nous joindre aux adresses suivantes : josephine@corpo.fr, fahed@corpo.fr, julie@corpo.fr, ou tout simplement sur la page du Canard !

➤ Comment valider votre année ?

Pour les L1 :

Il faut tout d'abord rappeler que toutes vos notes se compensent. Pour valider de la manière la plus simple votre année, il vous faut valider vos quatre blocs (les deux blocs de fondamentaux et les deux blocs de complémentaires). Cependant, le calcul peut s'avérer plus complexe...

Chaque fin de semestre est marquée par des examens qui constituent l'épine dorsale de la validation de votre année. Bon nombre d'autres possibilités vous sont proposées pour engranger un maximum de points et limiter ainsi l'impact de vos partiels. Chacun de vos



Les précis de la Corpa



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

chargés de TD va vous attribuer une note sur 20 à l'issue du semestre. Vos TD de matières fondamentales comptent donc autant que l'examen écrit, lui aussi noté sur 20. Cet examen s'effectue en 3h et nécessite un exercice de rédaction. Sur un semestre, une matière fondamentale peut donc vous rapporter jusqu'à 40 points. Seuls 20 points sont nécessaires à la validation de la matière. Pour valider votre bloc de fondamentales, il vous faut donc obtenir 40 points en additionnant vos notes de TD et vos notes aux partiels. Si toutefois vous n'obtenez pas ces 40 points, vous repasserez en septembre, lors de la session de rattrapage, la, ou les matières que vous n'auriez pas validée(s).

Pour les L2 :

Le principe est similaire, à la différence qu'il y a 3 matières fondamentales et 3 matières complémentaires.

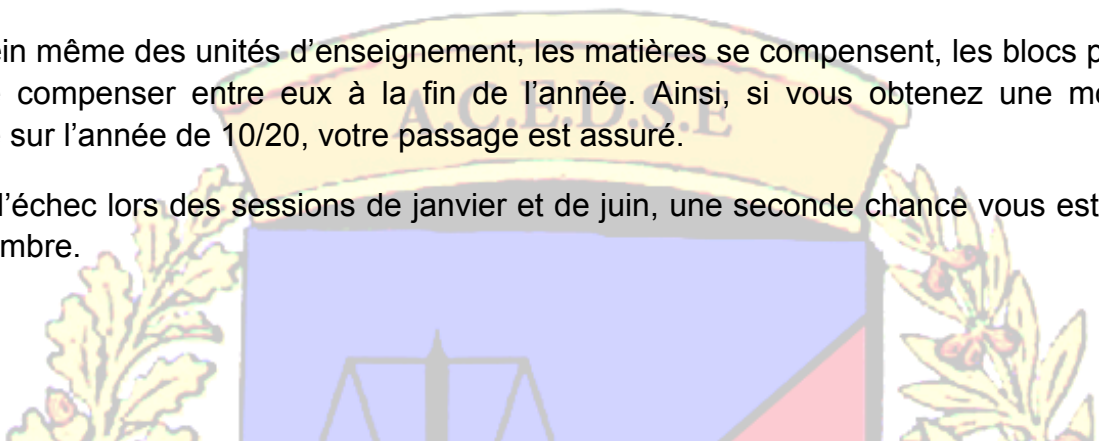
Attention : le passage par septembre annule votre note de TD obtenue dans la matière.

Conclusion simple : travailler toutes les matières un minimum en mettant l'accent sur les TD et les matières fondamentales (les plus gros coefficients) vous permettra de maximiser vos chances de valider votre année du premier coup et ainsi éviter l'écueil des rattrapages de septembre.

- **Système de compensation et session de septembre**

Si, au sein même des unités d'enseignement, les matières se compensent, les blocs peuvent aussi se compenser entre eux à la fin de l'année. Ainsi, si vous obtenez une moyenne générale sur l'année de 10/20, votre passage est assuré.

En cas d'échec lors des sessions de janvier et de juin, une seconde chance vous est offerte en septembre.





Les précis de la Corpa



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Attention, contrairement aux idées reçues, les rattrapages ne sont pas plus faciles, ils sont connus pour être notés plus sévèrement. Toutes les matières des blocs non validés où vous n'avez pas eu la moyenne sont à repasser. S'il s'agit d'une matière à TD, la note de TD est annulée (même si vous avez été défaillant), de sorte que la note obtenue en septembre compte double (8/20 revient à 16/40). Les points d'avance acquis lors de l'année (points au-dessus de la moyenne lors de la validation d'un bloc) sont valables après les rattrapages et permettent donc la compensation finale comme décrite précédemment.

A noter que le jury peut vous accorder quelques points pour l'obtention de votre année, notamment dans le cas d'un étudiant sérieux en TD... A bon entendeur !

Pour les L1, le passage en deuxième année peut aussi se faire en conditionnel, pour cela il vous faut valider les deux unités d'enseignement fondamental et une unité d'enseignement complémentaire tout en sachant que l'autre unité complémentaire sera à repasser en L2.



Les précisions de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Table des matières :

INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT	9
L'APPORT DES ANCIENNES CIVILISATIONS	9
➤ Les plus anciens témoignages	9
➤ L'apport de la pensée	11
➤ La synthèse romaine	17
AUX ORIGINES DE LA MODERNITE JURIDIQUE (16ème-18ème)	27
DIRE LE DROIT	36
La question de la coutume	36
➤ L'approche historique	36
➤ Considérations sur la coutume	41
La loi	44
➤ La loi à Rome	44
➤ La loi comme expression du pouvoir souverain	45



Les précis de la Corpa



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT

Le droit est en premier lieu **une capacité, un pouvoir**. Dire « *j'ai le droit de* » signifie que j'ai la capacité et le pouvoir de faire ceci ou cela. C'est l'idée du **droit-pouvoir**.

L'APPORT DES ANCIENNES CIVILISATIONS

Beaucoup de ces sociétés traditionnelles connaissaient un lien très fort entre le divin et le droit ou entre la nature et le droit. Dans ces circonstances, l'action du législateur humain est limitée par la prescription divine ou par les prescriptions de la nature.

➤ Les plus anciens témoignages

Les plus anciennes civilisations connaissaient un lien fort entre le divin et le droit. Cette relation du droit au divin n'a jamais été la même d'une civilisation à une autre.

Le droit mésopotamien

La conception du droit de cette civilisation est née en Mésopotamie entre le Tigre et l'Euphrate (Irak). Ce droit est intéressant puisqu'il s'agit des **plus anciens témoignages** que nous possédons sur l'histoire du droit. Il nous a été connu par quelques fragments qui remontent au 3^{ème} millénaire avant J.C. Il existait déjà dans cette région **une législation**. Cependant, elle ne nous a pas été connue. En revanche, quelques fragments nous donnent des renseignements bien plus précis.

- Le « **Code** » d'**UR-NAMU** dans les années 2110 avant J.C. C'est le plus célèbre document de Mésopotamie.
- Le « **code** » d'**HAMMURABI**, roi dans les années 1792-1750 avant J.C.

Dans ces deux codes, **la divinité occupe une place centrale**. **UR NAMU** associe le Dieu-lune appelé **NANA** à cette œuvre législative. Il reconnaît **NANA** comme son roi. Il est donc « **le roi du roi** ». L'initiative législative appartient bien au roi mais ce droit a une origine divine puisqu'il est donné par le Dieu.



Les précis de la Corpa



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Sur la stèle est décrit en image l'élaboration de ce code. Le roi **HAMMURABI** avec la main sur sa bouche en signe de respect puisque devant lui se trouve le Dieu **SAMAS**.

HAMMURABI est présenté dans cette gravure comme un adorateur de ce Dieu soleil **SAMAS** qui est l'inspirateur de la loi. « **HAMMOURABI** « roi du roi » c'est moi auquel **SAMAS** a fait présent des lois. » Lorsqu'**HAMMURABI** déclare qu'il est le roi du roi. Il ne fait qu'insister sur sa force royale, sa valeur et sur son rôle en tant que défenseur de la justice.

Le roi c'est celui qui fait triompher la justice et le droit. Cette place prépondérante du droit s'articule bien avec l'idée que ce sont les Dieux Suprêmes qui ont la loi et qui transmettent cette loi au législateur, pour que ce législateur fasse régner la justice parmi les peuples.

Ce droit est fait pour les Hommes, c'est à dire un droit qui concerne la vie familiale, la vie économique ou la vie sociale. On retrouve une conception similaire et différente dans la Bible. Il s'agit d'un droit séculier qui a une origine divine.

Le droit biblique

On peut parler d'une conception similaire puisque le droit apparaît aussi comme un don de Dieu. Il y a dans la Bible cette idée d'un lien entre la divinité et le droit. Dans la Bible, Dieu dit la loi. Mais à cet égard, sur la transmission de la loi de Dieu aux humains, nous avons deux passages intéressants. Dieu dicte la loi à Moïse. Dieu lui même « écrivit ces prescriptions sur deux tables de pierre qu'il donna à Moïse ».

Deux modalités de la loi de Dieu aux hommes, soit il dicte la loi à un humain ou Dieu écrit lui même sur des tables de pierres pour les donner à Moïse.

1/Lorsqu'on parcourt ces prescriptions divines, on ne peut pas s'empêcher de constater le lien très fort entre le religieux et le droit que dans le droit mésopotamien pour deux raisons.

- D'une part, dans les deux passages, il nous montre que c'est Dieu qui est intervenu directement.
- D'autre part, cela concerne la vie familiale et sociale. Mais en premier lieu, il s'agit de prescriptions religieuses ou encore culturelles.

Exemple : Les dix commandements commencent par une série de prescriptions religieuses « l'unité de Dieu, l'atout de puissance et les devoirs du peuple envers Dieu ».

2/ Les lois ont une origine première divine, en Mésopotamie. Il n'empêche que dans ce système, le roi est bien le législateur. En revanche, dans l'Ancien testament, Moïse n'est pas le législateur, il n'est que l'intermédiaire entre le Dieu et le peuple.

Seul Dieu peut modifier sa législation puisqu'il est le législateur. Ainsi, la modification par le peuple est impossible. Mais, l'interprétation est concevable, car il ne s'agit pas de remettre en cause la volonté de Dieu



Les précis de la Corpo



1

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

mais d'interpréter une règle générale pour l'appliquer à un cas déterminé. Le véritable législateur est donc Dieu lui même.

3/ Le rapport spécifique à Dieu découle d'une conception spécifique de **la justice**. Dans la Bible cette justice correspond à une soumission intérieure de l'Homme à la loi divine. Le juste est celui qui aime Dieu. Dans la Bible, le Juste est celui qui se conforme à la loi de Dieu, c'est à dire celui qui se conforme aux prescriptions religieuses et sociales. Or, le Juste est l'impeccable. Celui qui ne pèche pas. La justice est donc **l'impeccabilité**, soit le fait d'être sans pêcher.

L'exemple de JOB illustre ce caractère du Juste. Un être puissant accablé par tous les malheurs mais il ne renie pas Dieu. Dans sa révolte, il demande pardon à Dieu puisqu'il reste soumis à Dieu même dans sa révolte.

La justice biblique correspond à une approche de la sainteté. Cette justice concerne l'intériorité de l'être, c'est à dire ce qui anime l'Homme. Le juste se conforme à la loi de Dieu non pas par la peur des tribunaux mais par amour de Dieu. Son intention est pure. Il est pénétré de la volonté de Dieu. La justice concerne à la fois l'acte matériel (voler, tuer ou tromper) mais également l'intention de l'acte.

➤ L'apport de la pensée

L'enseignement de la mythologie

Dans la mythologie grecque, le droit et la justice sont symbolisés par deux déesses **THÉMIS** et **DIKÉ**.

THÉMIS est la fille de la terre et du ciel, l'épouse de ZEUS (le roi des Dieux).

Elle est représentée par une main tenant une balance, dans l'autre une épée avec les yeux bandés.

L'épée symbolise la force qui accompagne le droit et la justice.

Le bandeau sur les yeux symbolise l'impartialité du droit et de la justice.

La balance, l'attribut principale de THÉMIS, symbolise l'équilibre et l'ordre du monde.

THÉMIS personnifie l'Ordre du monde. Cette divinité nous est présentée dans les récits mythologiques comme conseillère de ZEUS. Elle s'occupe des affaires de mortels, mais surtout des affaires des immortels.

Les récits nous montrent **THÉMIS** parlant aux autres divinités de l'Olympe pour leur montrer le chemin de la prudence. Elle apparaît comme la voie qui donne des règles générales pour maintenir l'ordre des choses car elle a cette connaissance.

Pour les Grecs, **le Cosmos** n'a pas été créé par les divinités. Le Cosmos est quelque chose existant de toute éternité. Les divinités grecques occupent dans ce cosmos un terrain (l'Olympe) alors que les Hommes occupent la Terre.



Les précis de la Corpo



12

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Néanmoins, cette organisation peut être bouleversée. Les Grecs appellent ça « HYBRIS », c'est à dire la démesure. Lorsque cette organisation est brisée, le but de la justice consiste précisément à rétablir cet équilibre naturel.

THÉMIS a cette connaissance. Elle est fondée à s'adresser aux hommes, aux divinités pour leur indiquer la règle. Pour les Grecs, le droit naturel n'est pas le fruit de la volonté divine.

Ce droit vient de la nature des choses. Les Dieux doivent se conformer à ce droit. **Le véritable droit dépasse la volonté des Hommes et des Dieux**. Les Hommes comme les Dieux peuvent s'écarter de la règle et tomber dans le chaos. **La règle n'est pas créée par la divinité**. Elle est dans l'ordre des choses.

DIKÉ est la fille de **ZEUS** et de **THÉMIS**. DIKÉ apparaît comme la déesse des jugements. Elle s'intéresse plutôt aux affaires des hommes. La démesure humaine peut venir rompre l'équilibre de la nature. Lorsque surgit un différent entre les Hommes, la mythologie grecque s'efforce d'indiquer aux Hommes les moyens pour parvenir à la paix.

DIKÉ a aussi la fonction de juger, de condamner et de punir les Hommes. Elle est l'incarnation de **l'acte juste et du jugement**.

La conception grecque se distingue de la conception biblique à propos de la place du droit.

1/ Dieu est le créateur et la source du droit. Le droit est le fruit de la volonté divine. Dieu en donnant le droit exprime sa volonté. Or chez les Grecs, le droit dépasse cette volonté des Dieux. Le droit est. Il est tiré de la nature des choses de l'Univers. Le divin n'est pas exclu. Le droit de la nature des choses vient en somme par l'intermédiaire des divinités.

L'image de **DIKÉ** est là pour exprimer le caractère divin de la justice.

2/ Le droit ne trouve pas son expression dans une règle générale du type « *tu ne tueras pas* », chez les Grecs. Le droit s'exprime dans un jugement juste. **DIKÉ** rend des jugements justes pour mettre un terme au chaos.

3/ Le rôle et la place de l'observation et de la connaissance dans la démarche juridique. Le droit **est** dans le monde. Ce droit peut être saisi par l'observation de ce monde. L'observation permet d'accéder à la vérité. La vérité est la connaissance de ses règles d'harmonie.

En conclusion, il y a une différence fondamentale entre la conception divine et l'approche grecque. A côté de ces différences, on trouve des points de rencontres. On retrouve l'aspect moral du droit.

La justice

« **La justice** » désigne la vertu et les instances chargées d'appliquer le droit. Le droit est l'œuvre du législateur.



Les précis de la Corpo



13

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

La conception philosophique grecque est différente de la notre. Pour **ARISTOTE**, la notion de droit procède de la notion de justice. Le juste est ce qui est conforme à la loi. Alors que pour les classiques, le droit est ce qui est conforme au Juste.

La justice générale de PLATON

Dans La République, **PLATON** décrit la formation de la cité parfaite.

« *Commençons par chercher dans la cité quel est la nature de la justice* ».
L'homme n'est qu'une miniaturisation de la cité,

→ La justice dans la cité

Dans la cité juste, les hommes sont répartis en trois grandes catégories.

-**les philosophes rois**. Ce sont les gardiens parfaits de la cité, êtres supérieurs, formés à la philosophie (connaissance le bien, vertu de la raison), amenés à gouverner la cité mais pas comme des tyrans, pour l'argent ou la gloire mais avant tout pour faire triompher le bien. Celui qui connaît le bien ne peut vouloir que le bien, celui qui fait le mal ne peut connaître le bien

-**les gardiens auxiliaires**, les guerriers ou chiens de garde de la cité assurent la défense de la cité (vertu du courage)

-**la masse laborieuse** : les artisans, commerçants, agriculteurs représentent les éléments économiques de la cité, caractérisés par la soif de posséder -> ce qui fait marcher l'économie. C'est une **vision tripartite de la société** qui peut heurter notre conception égalitariste.

→ La justice dans l'âme individuelle

Pour **PLATON**, l'homme n'est qu'une réduction de la cité.

Âme individuelle divisée en 3 parties :

-**la raison** (le logos correspond au facteur philosophique et gouvernemental de la cité)

-**le courage** (facteur militaire de la cité)

-**le désir ou les appétits** (facteur irrationnel -> les sentiments, facteur éco de la cité) La **Justice dans l'individu est l'harmonie** comme dans la cité de ses trois parties de l'âme (hiérarchie respectée de ses facultés de l'âme)



Les précis de la Corpo



14

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Justice particulière (ARISTOTE)

ARISTOTE apporte des éléments nouveaux, précise des notions

Dans *l'Éthique à Nicomaque*, il donne une définition de la justice en reprenant la réflexion de son maître Platon. La justice correspond à la morale au sens large du terme, l'homme juste est l'homme qui se conforme à la loi morale (commande les vertus).

→ Définition de la justice particulière

ARISTOTE ne remet pas en cause l'approche de la justice générale de Platon. Son raisonnement part de cette approche. La Justice est l'équilibre entre le trop - l'excès et le pas assez - le défaut

Cette justice vertu concerne bien **l'intériorité de l'homme** mais ce n'est pas celle qui intéresse le plus Aristote mais la **Justice dans le cadre des relations sociales**.

On dit d'un homme qu'il est juste lorsqu'il pratique la vertu (justice générale) et lorsqu'il pratique la mesure dans ses relations sociales (justice particulière).

Dans la cité, la justice n'est plus une vertu personnelle mais vise une manière d'être dans ses relations sociales. Chacun dans sa cité ne détient pas plus de sa part ni moins de sa part, chacun a le sien.

→ Justice particulière et morale

Parfois, il peut y avoir convergence entre justice et moral.

La Justice particulière est extérieure à l'homme. Elle définit les rapports qui sont justes. **La Morale** correspond à la justice de façon subjective.

Par exemple, le patron qui verse un salaire juste à son salarié par peur des tribunaux (animé de mauvaise intention) la morale n'est pas satisfaite mais le juste est réalisé parce que objectivement le patron a versé le juste salaire.

Cette justice particulière concerne les rapports sociaux. Le juge prendra en compte l'intérêt de la société en général



Les précis de la Corpo



15

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

→ L'expression de cette justice

ARISTOTE distingue 2 modalités d'expression de la justice qui correspondent à deux types d'égalité.

L'égalité simple ou égalité arithmétique concerne les rapports, les échanges entre les citoyens. On parle de **justice corrective** puisqu'elle vise à corriger les déséquilibres nés des relations sociales.

L'égalité géométrique où chacun doit recevoir selon ses mérites. On parle de **justice distributive**, c'est à dire l'attribution des biens, des droits en fonction de la proportion entre la part attribuée et le mérite de manière égalitaire.

Le droit

La leçon de **SOPHOCLE**

Le roi de Thèbes, Créon, refuse de donner une sépulture au frère d'Antigone parce que ce dernier est mort après s'être révolté contre sa patrie.

Antigone désobéit à son roi en faisant rendre les honneurs funèbres à son frère.

Elle est donc amenée devant le tribunal. Créon doit protéger la cité car il en est responsable. Tandis qu'Antigone évoque l'existence de **lois intangibles**.

Un ordre supérieur peut toujours s'opposer à la volonté du législateur et même lorsque ce législateur agit pour le bien de la cité.

On retrouve chez **SOPHOCLE**, l'idée qu'il existe un ordre juridique supérieur.

On peut en déduire 2 choses. La loi doit être conforme à cet ordre juridique supérieur et lorsqu'elle n'est pas conforme, il est possible de passer outre la norme lui même.

L'approche de **PLATON**

Dans La République, la loi dans cette cité idéale n'a pas réellement d'utilité.



Les précis de la Corpo



16

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

→ La critique de la *République* : remise en cause de la loi

La loi est nécessairement insuffisante car loi générale par nature ne peut régler toutes les situations. La loi ne peut même pas s'appliquer à la multitude des situations puisque dans certains cas, cela entraînera la justice mais aussi l'injustice.

L'adoption d'une loi est motivée par des circonstances or les circonstances peuvent varier et évoluer. La loi peut devenir nuisible. Dans la cité idéale de *La République*, la loi n'a aucune utilité en raison de la présence du philosophe roi. Il exprime la solution juste.

→ L'utilité des lois

Dans *Le politique et les lois* et le *Dialogue de vieillesse*, la loi peut être nécessaire pour éviter la tyrannie du faux sage. On passe du droit vivant de la République à un droit écrit. Dans la cité correcte, les lois sont utiles car elles guident les citoyens vers l'idée du juste.

Loi et droit naturel d'ARISTOTE

Pour **ARISTOTE**, le droit exprime le Juste. « Apparaît comme injuste celui qui contrevient à la loi et celui qui cherche à avoir plus et ne respecte pas l'égalité. » Le **Juste** sera donc le légal et l'égal. L'**injuste** l'illégal et l'inégal.

→ La méthode du droit naturel

Pour **ARISTOTE**, l'Homme ne doit pas chercher la solution de Juste par lui même mais dans l'observation du monde extérieur. Mais ce monde extérieur est en perpétuel mouvement. Le droit naturel n'est pas forcément statique dans cette approche. Il existe un droit naturel qui est vivant et qui évolue.



Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

→ La place du droit légal (la loi)

Le droit naturel est **vivant**. L'homme ne peut pas se passer entièrement d'un droit légal. La loi est nécessaire pour **ARISTOTE**. **La loi permet d'assurer le bon gouvernement des hommes.**

Le droit subsidiaire fait référence au juge qui peut passer outre la loi pour faire triompher la vraie justice. Pour s'adapter au cas soumis, faire triompher la justice, le juge peut passer outre la loi pour statuer **en équité**.

→ Le rôle du juge

Le juge nous apparaît comme **l'artisan du droit**. **Il évident que la loi soit indispensable à la vie de la cité.** Le juge est qualifié de **droit incarné** ou de **juste animé** car dire le **Juste équivaut à faire le droit**. Le juge rend les choses égales.

➤ La synthèse romaine

L'histoire politique romaine se divise en 3 grandes séquences chronologiques.

L'époque de la royauté romaine qui va de la formation légendaire de Rome en 753 avant JC. Jusqu'à la révolution aristocratique des années 509-510 avant JC.

La période de la République romaine coure dès 509-510 jusqu'à 27 avant JC date à laquelle Octave, le fils adoptif de César devient Auguste et fonde l'Empire Romain.

La période impériale de 27 avant JC jusqu'à 476 après JC. On constate une nette évolution de la politique romaine.

Au 3^{ème} siècle, elle a connu des crises morales, sociales, militaires mais aussi politiques. Elles ont trouvé leur traduction dans une remise en cause du pouvoir impérial.

A partir de cette époque, l'empereur n'apparaît plus que comme le **PRINCEPS**, mais il devient le **DOMINUS**. C'est une augmentation du pouvoir politique.

Cela marque le passage du système du **principat** (le prince) au **dominat** (le maître).



Les précis de la Corpa



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Les généralités sur le droit romain

Depuis que l'histoire s'intéresse au droit romain, l'historiographie distingue plusieurs périodes dans l'expression de ce droit.

1. La période de l'ancien droit romain (Fondation légendaire de Romain – II^{ème} siècle av JC.)

Le droit archaïque ne constituait pas une théorie mais une pratique. A cette époque, le droit s'est distingué de la religion. Rome est passé du **FAS** au **JUS**. « FAS » signifie « digne ». Le FAS est le dire des Dieux..

2. La période dite du droit romain classique. (2^{ème}-1^{er} siècle avant JC – 2^{ème} siècle après JC).

Elle couvre une période de droit de la République et du droit impérial. Cette époque est la plus intéressante du droit romain puisque va véritablement naître la « **JURISPRUDENTIA** ». « **PRUDENTIA du JUS** » est la connaissance réfléchie et sage du droit **soit la science du droit**.

Pour faciliter les études des avocats, le droit doit être mis sous une forme ordonnée.

« **JUS IN ARTEM REDIGERE** » : le droit doit être rangé et mis en ordre comme **un Art**.

La fin de cette période a été marqué par **l'association du pouvoir normatif/législatif** de l'empereur.

3. La période du droit romain tardif ou postclassique (Correspond à l'histoire politique romaine).

A partir du 3^{ème} siècle s'ouvre la période du « **DOMINA** ». Le passage du « **PRINCIPA** » au « **DOMINA** ».

Cette évolution politique a une incidence sur le monde du droit. Elle est tout de même paradoxale. Le pouvoir impérial étant de plus en plus fort, la norme impériale est devenue une véritable loi. L'empereur est qualifié de loi vivante, « **LEX ANIMATA** ».

L'empereur exprime la loi.

Le code théodosien promulgué en 438 par **THEODOSE II** et **VALENTINIEN III**.

Les compilations de l'empereur **JUSTINIEN** ont été promulguées entre 528 et 533.

JUSTINIEN par son œuvre entendait faire **la somme du droit romain** avec le Code, le Digeste étant un recueil de jurisprudence, les Institutes de Justinien étant un manuel pour les étudiants en droit et les Novelles regroupant les constitutions impériales promulguées après le code et qui ne sont pas dans le code.



Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

L'expression du droit à Rome

Le langage du droit peut être mené à partir des institutes. Nous avons les institutes de **JUSTINIEN** et du **JURISCONSUL GAIUS** (2^{ème} siècle après JC.).

Les institutes de **JUSTINIEN** et de **GAIUS** possèdent un plan divisé en trois parties avec les personnes, les biens et les actions.

De nos jours, la personne est synonyme d'**individu**. A la différence de ça, la personne romaine correspond à l'individu dans **ces relations sociales**.

Un même individu pouvait représenter différentes personnes.

« **Personna** », du grec « **PROSÔPON** » désigne le masque de l'acteur de théâtre.

→ Droit et justice

Le Digeste définit le **JUS** comme **AEQUUM** étant l'égal au sens de la bonne proportion.

« **ID QUOD AEQUUM EST** » ce qui est l'égal. **Le droit est donc un objet qui est recherché par le juge visant à la réalisation de l'égal.**

La justice est « **CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS JUS SUUM CUIQUE TRIBUENDI** », de rendre à chacun le **JUS** qui lui est dû.

CICERON n'évoque pas la volonté constante et perpétuelle comme **ULPIEN** mais l'**habitude de l'âme** (**HABITUS ANIMI**) qui rend à chacun sa dignité.

Le JUS devient un choix. La conception romaine du droit annonce notre propre conception. La justice contribue à attribuer à chacun son **JUS**.

→ Le droit et la loi

Le droit s'identifie avec l'ensemble des lois. Le Digeste distingue le droit de la loi.

Il définit le droit et après les lois.

- Les lois ont toujours été très rares.

- Les digestes contiennent une dérive du fragment qui nous amènent aux antipodes de la pensée moderne.

Dans ce fragment **POMPONIUS** nous explique que le **droit civil** « s'est constitué à l'origine en l'absence de tout texte écrit ». Ce droit a été le produit des recherches de juriconsults (spécialistes) qui ont été amenés à poser des définitions, **des règles de droit**. A partir du **JUS** existant, on formule la règle. Ils ont cherché à **organiser leur droit**. Il y a un mouvement de théorisation du droit.



Les précis de la Corpo



20

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Les approches chrétiennes

Pour la période ancienne, deux grands courants de pensée marqués par :

- Saint Augustin (4^{ème} et 5^{ème} siècle)
- Saint Thomas d'Aquin (13^{ème} siècle)

Généralités sur les premiers temps de l'Eglise

Etude chronologique de l'Eglise antique : les premiers temps du Christianisme

En 64, un terrible incendie ravagea la ville de Rome. La population romaine accusa l'empereur NÉRON d'avoir secondé cet incendie. Pour se disculper de ces accusations, NÉRON eu l'idée de rejeter la faute de l'incendie aux Chrétiens.

De nombreux chrétiens ont été arrêtés, et exécutés dans le Cirque de NÉRON à Rome. Pendant 3 siècles environ, les chrétiens ont été persécutés par les autorités romaines avant d'être reconnus par ces mêmes autorités.

→ L'église persécutée

- Un texte nous permet de connaître avec une certaine précision **le statut des chrétiens** sous l'Empereur **TRAJAN** (An 110). Rome avait été confrontée à quelques problèmes liés à l'introduction d'un nouveau culte, de nouvelles superstitions, d'un culte d'origine orientale : **le culte de DIONYSOS**. Ainsi, nous avons l'interdiction de tout culte étranger, de toute superstitions étrangères.

Au 2^{ème} siècle : On a réactivé cette interdiction pour l'appliquer au christianisme. Ainsi, un **rescrit** de **l'empereur TRAJAN**, daté de 111, nous apprend qu'en vertu de ce sénatus-consulte, les chrétiens peuvent être poursuivis pour cause d'impiété.

- L'hostilité des politiques romaines était beaucoup plus forte que la situation des chrétiens s'est dégradée parce que le Christianisme est devenu **un problème religieux et politique**.

- Un édit de **SEPTIME SÉVÈRE** est intervenu pour interdire au chrétien de faire du **prosélytisme**. (délit puni de mort). Le fait de convertir est donc un délit passible de peine de mort.

Le 3^{ème} siècle a été marqué par d'importantes persécutions qui ont culminées en 298 sous l'Empereur **DIOCLETIEN**. Les Chrétiens, en introduisant à Rome un nouveau culte, **ont détourné Rome de ses Dieux protecteurs qui autrefois apportaient la victoire à Rome**. Ces persécutions n'ont pas réussi à enrayer le Christianisme qui avait fini par atteindre certaines élites romaines, comme des proches de l'Empereur. Il y a un changement de l'autorité romaine.



Les précis de la Corpo



21

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

→ La reconnaissance de l'élite

En Janvier 313, l'Empereur **CONSTANTIN** se concerta à Milan avec **LICINIUS** pour établir la paix dans l'Empire Romain et mettre un terme aux persécutions.

-> **L'édit de MILAN** qui veut faire de la secte chrétienne, « RELIGIO LICITA », soit une religion licite, admise et reconnue par l'Empire Romain.

Le 28 Février 380, sous l'Empereur **THEODOSE**, le Christianisme devient la religion officielle de l'Empire Romain.

L'Eglise et le droit

Normalement, la première source normative de l'Eglise devrait être **l'écriture sainte**.

Deux grands principes :

- le principe de l'origine du pouvoir : le pouvoir quel qu'il soit vient de Dieux.
- la distinction fondamentale entre la religion et la politique : pour la 1^{ère} fois, le Christianisme venait distinguer ce que l'Antiquité confondait. L'exercice du pouvoir religieux et politique peuvent collaborer.

Justice et loi de Dieux : le modèle augustinien

- Supériorité de la loi divine.
- La norme humaine doit être conforme et exprimée la loi divine.
- Les pouvoirs spirituel et politique doivent collaborer.

Foi et justice

- Seul Dieu est parfaitement juste : **la loi humaine n'exprimera pas pleinement la justice.**
- A coté du Dieu parfait et juste, l'homme à cause du péché originel est imparfait.

L'Homme n'est pas capable de vraie justice, d'une justice parfaite. Il ne peut pas connaître, par sa raison, sa seule justice.

- L'Homme peut espérer s'approcher de la vraie justice par la foi, par l'amour de Dieu.

Seul la foi gouverne la connaissance du juste. C'est le moteur du juste.

La justice n'est pas autre chose que **l'Amour qui rend transforme le cœur de l'Homme et le rend juste**. Seul Dieu est justice. L'Homme ne peut être juste que par Dieu.

- 1^{ère} : la Justice est liée à la foi. La justice ne se distingue pas de la morale

- 2^{ème} : Cette vertu (la justice) concède les rapports sociaux. Elle vise à établir l'**AEQUITAS** = équité, c'est à dire établir le bon partage.



Les précis de la Corpo



22

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

- 3^{ème} : La justice étant liée à la foi. D'un point de vue politique s'en suit logiquement une distinction entre la cité païenne et la cité chrétienne. La bonne loi est celle qui exprime la loi divine.

La soumission à la loi divine

→ La question de la soumission du Prince à la loi de Dieu

L'Empereur était d'une essence différente et supérieure aux autres hommes.

Le Christianisme est venu rompre avec la conception païenne. Les hommes sont tous de même nature et égaux aux yeux de Dieu.

En conséquence, l'Empereur étant un homme comme les autres. Il est donc logique que tous les baptisés soient soumis à la loi de Dieu.

SAINT AMBROISE DE MILAN a nettement affirmé cette idée de soumission du Prince à la loi de Dieu notamment après un événement majeur en 390, le massacre de THESSALONIQUE. L'empereur n'apparaissait plus comme un personnage à part, supérieur mais comme un simple chrétien soumis à la loi de Dieu.

→ La légitimité de la loi du Prince

- La norme humaine ne peut avoir qu'une fonction subsidiaire par rapport à la norme divine. La norme divine sera toujours supérieure à la norme humaine. On retrouve cette idée dans le décret de **GRATIEN** publié au milieu du 12^{ème} siècle.

- La norme humaine doit être conforme et exprimée la loi de Dieu. Cette conception a une incidence sur la loi politique.

Le péché originel a introduit dans le monde le vice et la violence. **Tous ces maux rendent nécessaires le pouvoir. Le pouvoir vient de Dieu. Le pouvoir aide l'Homme à réaliser son salut et à ne pas commettre des pêcher.**

- 1^{ère} remarque : **Le pouvoir a été donné par Dieu, mais à des fins précises et donc limitées.**

- 2^{ème} remarque :

On parle d'unicité des fins des pouvoirs spirituel et temporel c'est à dire aider l'Homme à réaliser son Salut. D'où l'idée d'une nécessaire collaboration entre les deux pouvoirs.

La collaboration entre le pouvoir spirituel et temporel

→ Les concepts d'AUCTORITAS et POTESTAS

Dans la République Romaine (509 à 27 avant JC), le terme **AUCTORITAS** servait à désigner le pouvoir du Sénat. Les magistrats romains étant titulaire d'une **POTESTAS**.

L'AUCTORITAS du Sénat peut être analysé par « un pouvoir de faire faire ».



Les précis de la Corpo



23

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

→ La portée de la lettre

L'**AUCTORITAS** des pontifes et la **POTESTAS** des rois, **GELASE** reprend à son compte cette idée d'une nécessaire collaboration entre les deux pouvoirs. Cette collaboration est inégalitaire. Cette inégalité s'explique par la place de la **loi divine**.

Le pouvoir spirituel n'agit pas directement mais il guide l'action du législateur.

Le renouveau intellectuel des XII^{ème}/ XIII^{ème} siècles

Renouveau appuyé sur la Bible et sur des **grands auteurs ecclésiastiques** comme **Saint AMBROISE de Milan** et **Saint AUGUSTIN**.

L'apport du 12^{ème} siècle à l'histoire de la pensée est indéniable mais la plupart du temps les hommes se sont contentés de reprendre et d'étudier des textes anciens déjà connus.

Au 13^{ème} siècle, on a la réapparition de toute une série d'écrits d'**ARISTOTE**.

La redécouverte du droit romain

Droit romain n'est pas inconnu au Moyen-Age. Les juristes connaissent le droit romain par des **abrévés** du Code Théodosien

- **PEPO /PEPONE** (année 1070/1080) « *lisait* » le droit romain. L'essentiel de l'enseignement des lettres se réduisait à l'étude de la grammaire

Les **maîtres en grammaire** étudiaient la grammaire latine en lisant à haute voix et en commentant des textes latins => méthode de la **lectura**

IRNERIUS lit et commente le **droit de JUSTINIEN** jusqu'à sa mort (1125/1130)

L'enseignement de grammaire est devenu juridique.

Avant de mourir, **IRNERIUS**, a formé les « **4 élèves de Bologne** » : **MARTINUS**, **BULGARUS**, **JACOBUS**, **HUGO**.

Droit de Justinien n'est pas un droit historique mais un droit parfait comme pouvant et devant être appliqué à toutes les époques.

Donc appliqué à l'empereur de leur époque. C'est un **droit intemporel**.

La mutation intellectuelle du 13^{ème} siècle

Mise à part Les Compilations de **JUSTINIEN**, le 12^{ème} n'est pas marqué par des redécouvertes majeures. Au 13^{ème}, il y a la redécouverte d'**ARISTOTE**. C'est un engouement pour la philosophie aristotélicienne



Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

→ Une nouvelle façon de penser

- **AVICENNE** (médecin iranien qui vivait au début du 11^{ème} siècle),

- **AVERROÈS** (musulman originaire de Cordoue, 12^{ème} siècle)

- **MAÏMONIDE** (juif du 13^{ème} siècle originaire de Cordoue)

C'est une **ouverture à la pensée d'un monde sans chrétiens**. Les chrétiens ne peuvent plus invoquer l'**argument de foi**.

→ La naissance de nouveaux foyers intellectuels

Les Universités sont apparues en Occident au 12^{ème} siècle à la suite des anciennes écoles, les **écoles carolingiennes qui étaient autrefois rattachées à une église cathédrale**. Dans la plupart des cas les universités ne sont **pas passées sous la tutelle des laïques** car directement **rattachées à l'autorité du pape**.

Deux sortes d'exercices :

- *le matin* : **lecture glosée** (lecture des anciens auteurs avec une explication mot à mot du texte et de l'auteur)
- *l'après-midi* : **questions disputées** sur des sujets posant des problèmes.
- 13^{ème} siècle : l'Occident est marqué par la **diffusion de cette nouvelle manière de penser**. Ne conduit pas à un changement brutal.

Évolution dans la façon de penser. **St Thomas d'AQUIN** propose une **pensée différente de la pensée augustinienne**

L'apport de la pensée de St Thomas d'Aquin

Reste fidèle à la **morale chrétienne**, mais développe une **philosophie du droit et de la politique** à partir de la pensée d'**ARISTOTE** et des **jurisconsultes romains**.

La méthode de St Thomas d'AQUIN

- **méthode aristotélicienne** : On part des opinions pour élever la réflexion vers la connaissance.



Les précis de la Corpo



25

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

- comme chez **ARISTOTE**, cette **méthode dialectique** se présente chez **St Thomas d'AQUIN** comme **un art, une joute oratoire intellectuelle** en vu d'une **recherche collective de la vérité par le dialogue** « *l'homme est un animal social* »

L'ouvrage, La Somme Théologique, est articulé avec une diversité d'opinions.

Les diverses voix qui veulent se faire entendre vont s'appuyer sur les **auctoritas** (auteurs ayant une autorité)

Le seul argument est « *le plus faire de tous* ». Il considère que les **auctoritas** sont un **moyens de raisonnement**, pour aller à la vérité La **méthode dialectique** telle que la concevait St Thomas D'Aquin restaure la **modestie et le sens du véritable dialogue**.

Loi et politique

Les auteurs chrétiens ont institué une supériorité du spirituel sur le temporel et l'idée que le pouvoir temporel avait été voulu par Dieu comme remède au péché.

Sans remettre en cause cette approche, l'approche du politique étant différente chez Saint THOMAS, il en découle une façon différente de penser la norme de droit.

➔ Une réhabilitation du politique

Saint THOMAS voit dans le politique **une autorité naturelle**. Insistant sur le politique, **Saint THOMAS** reprend la conception **d'ARISTOTE**.

- **Une autorité naturelle** : La sociabilité de l'Homme est liée à sa nature, avant le péché originel. Mais l'existence du pouvoir politique était liée à sa nature pécheresse. Le pouvoir est la conséquence du péché originel et la conséquence de l'apparition du mal dans le monde. Sans le péché originel, l'Homme serait un être social pouvant vivre en société sans le pouvoir. **Saint THOMAS** voit plutôt dans le pouvoir, **la conséquence de la sociabilité** de l'Homme. L'Homme n'est pas fait pour vivre seul et être isolé. « Il est un animal politique ».

Une société ne pourrait exister sans pouvoir et organisation politique. En conséquence, **le pouvoir est lié à la nature première de l'Homme**. Il n'est pas le produit du péché originel.

- Cette réhabilitation du politique s'accompagne d'une « remise à sa place, réduction » du politique.

- La supériorité du spirituel sur le temporel : **les fins naturelles** de l'Homme **d'ARISTOTE**. **Saint THOMAS** a considéré que l'Homme a **une finalité surnaturelle**.

- L'incomplétude de la politique : Le politique est compétent mais simplement dans **son domaine, le César**. Le politique n'absorbe pas totalement le citoyen. Nous avons **une liberté de l'individu**. La politique n'est pas



Les précis de la Corpo



20

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

indispensable au salut de l'Homme. Elle peut aider l'Homme à servir son salut. **La société n'existe pas pour elle même, mais pour le bien commun matériel et spirituel.**

➔ La place et le rôle du politique

- La typologie des lois de Saint THOMAS.

- la loi éternelle : impénétrable à l'intelligence humaine. **C'est le secret de Dieu.**
- la loi divine révélée : Dieu fait connaître aux hommes par les écritures saintes.
- la loi naturelle : s'apparente à une promulgation partielle de la loi divine dans l'ordre de la nature.
- la loi humaine : créée par l'Homme.
- la loi du crime et du mal : conséquence du pêcher.

La loi ancienne correspond à la loi de l'Ancien Testament, de la première alliance entre Dieu et le peuple Hébreu. Cette loi nouvelle ne concerne pas les préceptes politiques ou juridiques. Elle apporte un message de Salut. Ce silence de la loi nouvelle souligne qu'en ces matières (droit et politique) , Dieu a laissé **la liberté à l'Homme.**

L'homme ne peut pas se passer **d'une législation strictement humaine.**

La loi humaine est nécessaire. La loi humaine est nécessaire à **la paix et à la vertu des hommes.** La finalité de la loi pour **Saint THOMAS** est **le bien commun.** **La loi humaine établit le bien vivre dans la société.** La loi vise à corriger les déviations humaines.

L'insuffisance de la loi naturelle prend deux aspects.

* Elle ne comporte que les indications générales : La loi humaine doit venir préciser la loi naturelle, c'est à dire expliquer ce qui est conforme à la loi naturelle.

*Dans certains cas, la loi naturelle est lacunaire. Elle est muette sur telle ou telle question : La loi humaine interviendra pour combler la lacune

. La loi humaine tire sa validité de la loi naturelle. La loi naturelle n'est que l'empreinte visible dans la nature de la loi divine.

Si la loi humaine a son importance, le rôle de la loi humaine doit s'articuler avec le rôle de la justice.



Les précis de la Corpo



27

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

→ Loi et justice

« La justice est un **HABITUS** selon lequel quelqu'un par volonté fermée et constante attribue son **jus** ». La justice est une manière d'être.

1/ La volonté. La justice est une vertu qui est inscrite dans l'individu. Cette vertu rend droite l'action de la volonté.

2/ Le jus. La justice doit rechercher le jus, c'est à dire la relation juste. La loi est **la ratio juris**. **Saint THOMAS** précise que la loi **exprime, explique** le droit.

AUX ORIGINES DE LA MODERNITE JURIDIQUE (16ème-18ème)

Le subjectivisme juridique considère l'individu comme le sujet de droit. **C'est un droit pouvoir.**

Le rationalisme considère que la raison humaine est à la source du droit.

DEMOCRITE (370 avant JC) entendait bannir tout élément mythique, non rationnel de la pensée. C'est le premier penseur rationaliste.

Le volontarisme considère que la volonté humaine est l'origine du droit. Le droit en est le fruit.

HUGO DE GROOT – GROTIUS, père du droit naturel moderne écrit « *le droit naturel serait tel même si Dieu n'existait pas* ». Il considère que l'Homme peut découvrir la loi naturelle par sa seule raison sans avoir recours à la foi.

Le subjectivisme, le rationalisme et le volontarisme renvoient à l'individualisme moderne. **L'humanité n'est qu'une construction de l'esprit.**

L'État n'est plus compris comme une réalité naturelle. **Il devient l'association des êtres individuels dans le cadre du contrat social.**

Les nouvelles orientations de la pensée chrétienne

- la diffusion de la réforme protestante et la découverte et la conquête du nouveau monde (USA).



Les précis de la Corpa



28

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Les questions de la conquête

La conquête du Mexique puis du Guatemala a débuté en 1520.

10 Février 1519 commença l'épopée du conquistador **HERMAN CORTÉS**.

Fluctuation de la législation impériale.

Deux actes de **PAUL III** ont fermement condamné cet esclavage en 1537. Il s'agit de déterminer si la conquête de ce nouveau monde sur les indiens était **juste** et s'inscrire dans le cadre d'une relation juste.

Cette controverse est une disputation sur un sujet sensible. Cette disputation à la mode médiévale a vu s'opposer deux grands théologiens espagnols.

- BARTHOLOMÉ DE LAS CASAS CHIAPAS - JUAN GINÉS DE SEPULVEDA.

Elle déboucha sur un assouplissement de la législation concernant les indiens. Les indiens sont défendus par **LAS CASAS**,

Le droit naturel fondé comme le prétendait Saint Thomas sur la loi divine doit être appliqué à ses infidèles, ses païens pour la simple raison que **ce sont des êtres humaines**. Cette évolution de la pensée chrétienne doit aux théologiens espagnols. Il s'agit de la seconde scolastique espagnole.

FRANSCICO DE VITORIA mort en 1546 **FRANSCICO SUAREZ** mort en 1617

La légitimité de la conquête

Le problème central de cette réflexion est de déterminer quel pouvait être le droit des espagnols sur ces terres nouvelles. Cette conquête ne peut être fondée sur l'idée que les indiens étaient des esclaves par nature. Dieu ayant créé l'Homme à son image, il n'y a pas d'esclaves par nature.

Deux possibilités pour fonder la légitimité :

- Absence de gouvernement légitime - L'injustice des indiens.

→ La légitimité des communautés indiennes

Les espagnols devaient se comporter vis à vis des indiens exactement de la même façon qu'une société civilisée. Le gouvernement des indiens est illégitime puisque les indiens n'ont pas accès à la loi naturelle selon **SEPULVEDA**. Ce sont des êtres irrationnels. Étant dénué de toute raison, leur gouvernement est bien illégitime. Or l'Homme peut connaître la loi naturelle par la raison.

Ils considèrent l'existence de trois sortes de lois naturelles. * Les lois évidentes par elle même (la loi du feu). * Les lois découlant de ces lois évidentes. * Les lois moins évidentes.



Les précis de la Corpa



29

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

A propos de ces lois, on peut se fier à un **consensus commun**. « *Le droit naturel consiste en ce que dicte la nature, et qui est commun à tous, alors si tous les hommes sentent que quelque chose est honteux alors cela est le droit naturel.* »

Ce consensus pouvait être un **mode pour connaître cette règle**.

1 / - *L'origine du pouvoir*. « *Tout pouvoir vient de Dieu* » de Saint PAUL. Si le pouvoir vient bien de Dieu, pour autant la **collation** du pouvoir est bien de droit humain. Le choix de la forme du gouvernement relève des hommes. Ils théorisent la souveraineté « **PER POPULUM** » signifiant par le peuple. C'est une **translation du pouvoir**. Il y a un **droit naturel qui légitime le droit de défense**.

2 / - *La finalité du pouvoir politique*. **SAINT THOMAS D'AQUIN** insiste sur la **finalité temporelle** du pouvoir politique. La cause finale selon **SUAREZ** de la cité est le **bien commun**. La loi du prince ne cherche pas à créer un homme bon, mais vise à en faire un **bon citoyen**.

→ L'injustice des indiens

La question est de savoir si les indiens se conduisaient ou non injustement face aux espagnols. Cette question porte sur le rapport entre les deux États entre deux peuples.

Il existe une « *société de communication* », c'est à dire qu'au delà des Cités, l'humanité toute entière forme la société humaine et universelle. On retrouve l'influence chrétienne et stoïcienne. **Les relations entre les hommes et les peuples sont naturelles**. C'est le **droit international**.

1/ Le droit naturel ne peut plus correspondre au droit naturel d'**ARISTOTE** ou de **SAINT THOMAS D'AQUIN**. Or, **DE VICTORIA** pense le droit naturel dans le cadre de la relation entre États, cette autorité législative faisant défaut, il n'y a pas d'autorité supérieure aux États. Le droit naturel devait se résumer à un **corps de règles intangibles**.

2/ Il qualifie ce droit de **JUS GENTIUM**. **DE VICTORIA** l'envisage comme une branche du droit naturel. Cette expression renvoie aux juristes romains qui distinguaient quant au droit, le droit civil, le droit naturel et le **JUS GENTIUM**.

- **Le droit civil** romain était le droit propre d'une cité. - **Le droit naturel** correspondait au droit commun, aux hommes et à toutes les espèces vivantes.

- **Le droit des gens** comme le droit que la raison naturelle a établi entre **tous les hommes**. (**Homines**)

L'analyse du droit **DE VICTORIA** s'éloigne de l'approche romaine pour deux raisons.

1^{ère} raison : Il indique le droit des gens comme le droit que la raison naturelle a établi entre tous les peuples (**gentes**). Il est vu comme un **droit international**.

2^{ème} raison : **DE VICTORIA** considère que le **JUS GENTIUM** est formé par un ensemble de préceptes universellement reconnus parce que dictés à l'homme par sa raison à partir du droit naturel. Ce sont des règles que l'Homme peut trouver dans sa raison. Ce sont des règles universelles et intangibles.

(1. Le droit et la loi.)

1/ Le **JUS** désigne le **résultat** de l'Art juridique. C'est n'est pas la recherche de la solution juste. C'est le **bénéfice** de cette recherche pour l'individu. C'est l'**attribution du bien**.



Les précis de la Corpa



30

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Le **JUS** désigne le pouvoir sur le bien attribué. Le droit, c'est le droit subjectif.

2/ Le **JUS** signifie la loi. **DE VICTORIA** « un droit c'est ce qui est licite en vertu des lois », « un droit est ce qui m'est permis par la loi ».

SUAREZ distingue le **JUS DOMINATIVUM** et le **JUS PRAECEPTIVUM**.

Le **JUS DOMINATIVUM** est le pouvoir de l'individu sur le bien attribué.

Le droit c'est une faculté qui est donné à l'Homme d'user d'une chose. Le droit est un pouvoir de domination.

- Le **JUS PRAECEPTIVUM** est l'assimilation du droit à loi qui constitue une rupture par rapport à la philosophie classique. La loi est un instrument qu'au moyen de la recherche de la solution du juste. Le droit déborde de la loi. Il est au dessus.

SUAREZ insiste sur le fait que la loi exprime la volonté du législateur. Le droit est réduit à l'observation de la loi.

Cette conception du droit et de la loi implique deux conséquences principales.

1/ Cette approche de loi n'est pas sans incidence sur la conception même du droit naturel. **SUAREZ** ne parle pas de droit naturel, mais de loi naturelle. Le droit naturel n'apparaît plus comme le droit tiré de l'observation de la nature extérieure. Le droit naturel, c'est le droit que l'Homme peut trouver dans le trésor de sa raison.

SUAREZ annonce le rationalisme moderne. L'Homme trouve le droit dans sa raison propre.

2/ Le droit étant rapporté à la stricte observation de la loi, s'ensuit de manière logique une exaltation de la loi humaine. C'est une exaltation mesurée de loi humaine. **SUAREZ** envisage une vision hiérarchisée des lois.

Le droit naturel moderne

Les généralités sur **GROTIUS**

Le début du 17^{ème} siècle du droit européen apparaissent comme une période troublée de l'histoire européenne. A la suite des divisions religieuses, la guerre n'est pas totalement éteinte en Europe, à l'intérieur même des pays, entre les nations européennes. Les autorités politiques ont clairement affirmé le principe de l'autorité religieuse. « **CUJUS REGIO EJUS RELIGIO** » C'est le principe de l'unité de chaque pays et le principe spirituel appliqué partout sauf en France. En France, coexistent protestant et catholique. L'Europe formait une communauté chrétienne, malgré ces divisions.

Les pays d'Europe reconnaissent cette source commune étant l'écriture sainte qui peut aider à fonder la paix.

1/ Seul le pouvoir politique peut assurer la paix au sein d'un État. En conséquence, pour **GROTIUS**, le politique parce qu'il peut assurer la paix, le politique est supérieur au religieux.

2/ N'ayant plus d'unité religieuse, il n'existe plus d'autorité supérieure fondée à trancher des conflits éventuels internationaux. L'Église apparaissait comme l'autorité commune et supérieure aux États d'Europe.

Ex : Un arbitrage du pape trancha le conflit entre l'Espagne et le Portugal à propos du partage de leur Empire.

Le droit ne peut être basé que sur le droit naturel.



Les précis de la Corpa



31

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Dans l'ordre interne, pour assurer la paix, **GROTIUS** estime que le pouvoir politique peut s'immiscer jusque dans le religieux. Dans l'ordre international, comme il n'existe pas d'autorité supérieure, **GROTIUS** explique que seuls quelques principes moraux acceptés par l'ensemble permettent de régler les conflits. Il y a 3 types de guerres.

1/ Les guerres publiques. Elles opposent deux États.

2/ Les guerres privées. Elles opposent les particuliers. (duel)

3/ Les guerres mixtes. Elles sont des révoltes intérieures d'un groupe de particulier contre l'État.

GROTIUS envisage le droit international, le droit public, le droit pénal, le droit privé sous ce titre général de la guerre. **C'est un système global valable dans les deux ordres qui réduit cette science juridique.**

Sa systématisation du droit

→ La finalité de l'Art juridique.

ARISTOTE enseignait que la finalité de l'Art juridique était la recherche de la solution. Les juristes romains imprégnés de cette pensée, définissaient le jus comme ce qui est juste. « **ID QUOD AEQUUM EST** ».

1/ La recherche du juste partage est beaucoup trop ambitieux.

2/ Le droit avant tout est là pour assurer la paix.

La finalité de la science est de rendre service en inventant des machines. Il y a une finalité utilitariste du droit.

→ Les moyens de l'Art juridique

1/ La place accordée aux faits. **ARISTOTE** accordé une place fondamentale aux faits. Il estimait que le juriste pouvait légitimement trouver du droit à partir de l'observation des faits et des relations sociales.

2/ Le droit comme produit de la raison. Il existe entre tous les hommes une parenté naturelle. C'est une loi immuable.

3/ Le droit et la morale. Cette moralisation du droit s'explique par le fait que **GROTIUS** raisonne à partir des relations entre États. Il nous propose un système axiomatique du droit dans lequel nous avons des axiomes principaux d'où découlent des règles.

4/ Le caractère « laïque » du droit. « tout ce que nous venons de dire aurait lieu quand même on nous accorderait, ce qui ne se peut sans un crime horrible, qu'il n'y a point de Dieu, où que Dieu se désintéresse des affaires humaines »

- Quelques principes moraux débouchent sur de véritables règles de droit.

La règle morale concerne le sujet. Elle est unilatérale. Elle me concerne « moi ». Alors que le droit est bilatéral ou multilatéral. « Tu ne voleras point ».

Pour être un être vertueux, l'homme ne doit pas voler et s'abstenir de ne pas prendre le bien d'autrui. Pour le bien de la société, il faut que les hommes ne volent pas.



Les précis de la Corpa



32

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Dépassant ça, **GROTIUS**, il déduit de cette règle, autrui a le droit de conserver la chose qu'il possède. Il a le droit de propriété sur ces biens. Il en déduit l'existence de **droit subjectif au profit d'autres personnes**. Son influence a été énorme chez les philosophes et les juristes français.

DOMAT, juriste français au 17^{ème} siècle considère **GROTIUS** comme l'un des plus grands juristes. Il commence son ouvrage Les lois civiles dans leur ordre naturel, en reprenant les trois axiomes de **GROTIUS**. Il termine en précisant que de ces règles émanent les lois civiles.

POTHIER du 18^{ème} reprend la même démarche que DOMAT influencé par le système de GROTIUS.

Contrat social et considérations juridiques

Le fait de vivre ensemble est le fruit d'un calcul utilitaire.

- *Individualiste*. Toutes ces conceptions partent de l'individu. L'individu préexiste avant la société puisqu'elle est fondée par l'individu.

- *Utilitariste*. La nature première des individus est de vivre isolés. Néanmoins, ils sont calculateurs. Il est intellectuellement capable de se représenter les avantages et les inconvénients de diverses situations. Ils se sont regroupés dans l'intérêt de la sécurité.

Approche du contrat social

« *L'homme est un animal politique, par nature.* » selon **ARISTOTE**. Vivre dans un espace organisé découle de sa nature.

L'Homme veut le bonheur. Son action est conduite vers le bonheur. Seul, isolé, l'homme ne peut pas parvenir à cette fin. La fin de l'Homme **c'est le bonheur**, selon **ARISTOTE**.

Seul, il ne peut pas l'atteindre. Isolé, l'homme ne peut pas réaliser sa finalité.

Ce n'est que dans le cadre de la cité, que l'homme peut atteindre le bonheur.

Il n'est pas **autosuffisant**. A la différence de l'Homme, la cité l'est.

L'homme isolé est soit un Dieu, soit un fou.

La philosophie moderne institue une autre conception. Par son état de nature, l'homme vivait isolé. Ensuite, la cité a été créée par un pacte, **le contrat social**. Cette approche moderne vient distinguer deux moments dans l'histoire de l'humanité, **a juridique distingué du moment juridique** (société formée sur les bases du contrat social).

1/ *Cette pensée contractualiste a toujours été une pensée marginale*. La philosophie stoïcienne illustrée par CICERON, sans sombrer dans le contractualisme, insistait sur le **caractère sociable** de l'Homme. Elle est loin d'être négligeable puisqu'elle a largement influencé des juristes du 17^{ème} siècle.

2/ *Tous ces philosophes et juristes n'ont pas développé une même conception de l'État de nature et du contrat social*.



Les précis de la Corpo



33

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

→ L'influence de la conception stoïcienne

Elle insiste sur la nature **sociable** de l'homme à la différence de la nature sociale de l'homme. En soulignant la nature sociable de l'Homme, un personnage comme CICERON estime que c'est seulement par son instinct, son **APPETITUS** que l'homme recherche la compagnie de ses semblables.

L'homme est simplement **capable à constituer une société**. La raison qu'il porte en lui, lui en fait **le devoir**.

CICERON partant de l'individu, l'individu est **premier**. La cité est seconde, voir troisième.

1/ Les droits sont premiers.

2/ La mise en commun ne peut s'opérer par un contrat

- **CICERON** n'est pas un contractualiste. Ces auteurs ont nuancé la pensée aristotélicienne. Il insiste sur l'**APPETITUS**. A la différence, les contractualistes insisteraient sur le contrat.

- En approfondissant la pensée stoïcienne, ils ne mettent pas véritablement l'accent sur le contrat social. Tout ne découle pas du contrat social. Elle est reprise et travailler pour préparer les conceptions contractualistes.

→ Les idées des trois philosophes

T. HOBBS

Il a exposé sa pensée dans le LEVIATHAN en 1650. Le terme de LEVIATHAN renvoie à la Bible. Il sert à désigner un monstre dont aucune puissance sur Terre ne lui est comparée. Cette créature État

Cette puissance artificielle est créée par l'Homme pour sa propre défense.

Cette place prépondérante de l'État par **HOBBS** s'explique par l'État de nature.

L'État de nature est un **État horrible de guerre**. « L'homme est un loup pour l'Homme ».

Le contrat social fondant l'État et donc le LEVIATHAN sera nécessairement un **contrat de soumission**. La finalité de la société est de mettre un terme à l'insécurité, **HOBBS** considère que la seule façon de parvenir à ce but est que les Hommes se soumettent totalement au LEVIATHAN. Les hommes ont accepté de renoncer à cette liberté totale dont ils jouissaient à l'État de nature. Ils ont accepté de déléguer leur liberté et l'ensemble de leur pouvoir à cet être, en vu de la création d'un **système politique**.

Conséquences.

1/ Le LEVIATHAN tire sa légitimité du peuple et du contrat social.

2/ La soumission est totale puisque **HOBBS** explique que si la soumission n'est pas totale, la paix ne peut être réalisée.

3/ Limite de ce pouvoir absolu.

JOHN LOCKE

L'État de nature n'est pas un État de guerre généralisée, où le droit du plus fort fait que « l'Homme est un loup pour l'Homme. » C'est un État d'harmonie et de liberté raisonnable. Il est **bon par nature**. Les hommes vivaient dans une paix raisonnable, dans un État primitif, antérieur à la société. Ils étaient égaux et propriétaire de leurs



Les précis de la Corpo



34

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

biens. Si l'État de nature serait un État d'harmonie et de paix, cette harmonie et cette paix étaient précaires puisqu'il manquait à l'Homme, la garantie de l'**ordre** et de **ce bonheur**. Il n'avait pas la garantie de la paix, de la sécurité et de la propriété.

Le contrat social n'est pas conclu pour empêcher la destruction des individus, mais pour aider les hommes à mieux vivre. En conséquence, le contrat social n'implique pas **cette soumission totale au souverain**. Au contraire, le gouvernement légitime ne serait être un gouvernement tout puissant. Les Hommes se sont associés pour garantir leurs droits fondamentaux, soit la propriété et les droits qui en découlent. Ils ne peuvent pas abandonner ces droits puisqu'ils ont réunis ces droits pour construire l'État.

C'est un **contrat conditionnel**. Il doit assurer la sécurité des personnes et la protection de la propriété. Si l'État n'assume plus cette tâche, il perd sa **légitimité**.

Cette pensée porte **en germe la démocratie libérale** du 19^{ème} siècle à travers 3 idées.

1/ *Le pouvoir du souverain est grand.*

2/ *La soumission au souverain est toujours conditionnel.*

3/ *La non fidélité du gouvernement à cette fonction amène à l'insurrection.*

JEAN JACQUES ROUSSEAU

1/ *L'État de nature.*

Le modèle théorique est obtenu par une analyse de l'État présent. Il s'agit de dégager ce qui dans les Hommes revient à leur nature de ce qui revient à leur vie sociale.

L'État de nature correspond au naturel de chacun de nous. Ce n'est pas un être réel. C'est une abstraction qui fait figure de norme, un point de référence.

Néanmoins, cette abstraction n'est pas un idéal. Il ne prône pas à un retour à l'État de nature.

- *Un tel retour n'aurait aucun sens.*

- *L'homme n'est pas un Homme parfait.*

« *Un être zéro* ».

La question de bonté de l'Homme à l'État de nature renvoie directement à la distinction opérée entre la raison et le sentiment ou entre la raison et la conscience. La bonté humaine ne découle pas **d'une morale** qui dicte un comportement. Les hommes n'ont pas de relations morales. Ils ne sont ni bons, ni méchants. L'État de nature est un État amoral. Il n'y a pas **d'immoralité**.

En revanche, l'Homme primitif est animé de deux sentiments principaux avec **l'amour de soi et la pitié** empêchant l'homme d'être totalement égoïste et égoцентриque.

Ce sont ces sentiments dans l'Homme qui dictent son comportement.

Les sentiments sont premiers. La connaissance par la raison est seconde.

« *La connaissance n'est pas innée, c'est le sentiment est inné* ».

Si cet homme naturel peut être bon c'est parce qu'il a en lui des sentiments. Cela lui permet de distinguer le bien du mal.



Les précis de la Corpa



34

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Il a reçu en premier la conscience pour aimer le bien, la raison pour le connaître et la liberté pour le choisir. Le vice ou la vertu, le développement de la morale ou l'immoralité dépendra de la **socialisation**. Le devenir de l'Homme dépend de cette socialisation. **A l'État de nature, tout est possible. Le meilleur comme le pire.**

2/ La bonne socialisation.

La mauvaise socialisation vise à pervertir les capacités de l'Homme. Au contraire, si elle est bonne, elle permettra de les porter à sa perfection.

Dans le contrat social, nous devons trouver par la socialisation, une forme d'association dans laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui même et reste aussi libre qu'auparavant. « *Par l'aliénation totale de chaque association avec tous ses droits, à toute la communauté* » que l'on peut parvenir à ce but.

Les sujets et les souverains sont les mêmes hommes considérés sous un angle différent.

Comme chez **HOBBS**, il y a la notion d'**aliénation**. Or chez **ROUSSEAU**, elle ne se fait pas au profit d'un **souverain extérieur**.

Un paradoxe. La volonté humaine est à l'origine de la société. L'homme est au cœur de cette construction artificielle étant la société. L'homme par nature associable, consistant à être isolé, va subir l'emprise d'un pouvoir qui l'a créé. Mais il le considère comme un mal ou contraire à sa nature. **L'homme veut la société. Cependant, en la voulant il souhaite quelque chose étant contraire à sa nature.**

Ces influences sur la pensée juridique.

→ L'individualisme

PROTAGORAS au 5 siècle avant JC n'hésitait pas à affirmer que l'homme est la mesure de toutes choses. Il est lié fortement au nominalisme qui considère que le réel n'existe que dans l'individuel. Les généralités ne sont pas des constructions de l'esprit. Elles n'existent pas en tant que telles. C'est un courant philosophique ancien puisqu'on en trouve des traces dès l'Antiquité grecque. Il ne trouve son essor qu'à la fin du Moyen Âge avec **GUILLAUME D'OCCAM**.

L'individualisme moderne découle du nominalisme. Il apparaît comme l'aboutissement de ce courant nominaliste. Le général étant la cité qui n'est pas une réalité ontologique. Il constitue une construction de l'esprit. Le droit ne peut plus être pensé à partir de la cité, mais du réel, c'est à dire de l'individu.

L'individu est au centre de tout. Tout part de lui et renvoie à lui.



Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

DIRE LE DROIT.

La question de la coutume

➤ L'approche historique

Faute de textes écrits, il est difficile de connaître le contenu des coutumes, dans le système juridique dans les anciennes civilisations..

Les droits de l'ancienne Mésopotamie, nous sont un peu mieux connus. Dans cette région du monde, grâce à ces codes qui nous sont parvenus tels que celui d'**HAMMOURABI**, on connaît le droit en Mésopotamie.

1/ *De nombreuses coutumes en usage dans cette région du monde à cette époque sont connues à l'usage de la pratique.* De plus en plus, les historiens estiment que la coutume était sans doute **la principale source du droit**. La loi n'est intervenue que tardivement.

2/ *La connaissance des codes n'est pas hermétique au phénomène coutumier.* Dans la civilisation mésopotamienne, la **loi du législateur** n'était pas à proprement parlée **créatrice de droit**. Le législateur intervenait pour confirmer des usages antérieurs. Cela n'interdisait pas d'introduire des nouveautés.

3/ *Si le code d'Hammourabi reste un texte législatif, il n'empêche que ce texte a été appliqué comme une coutume.* **Le droit contenu dans ce code** était appliqué, non pas en tant que droit posé par le législateur, **mais en qualité de coutumes**.

La coutume dans le monde romain.

Pour les 5 siècles de république Romaine, on dénombre **800 lois dont 24 relatives au droit privé**. Cette donnée quantitative explique la place, l'importance des autres sources du droit à Rome, notamment l'importance de la coutume.

La définition cicéronienne de la coutume.

A l'époque de **CICERON**, il définissait **la coutume** comme « *le droit qu'un long espace de temps, a rendu obligatoire par la volonté de tous, sans l'intervention de la loi* ». Cette définition standard se retrouve chez la plupart des autres juristes. Elle est intéressante puisque nous avons 3 éléments essentiels qui la caractérisent.

a. *Un droit non écrit.* Elle correspond dans son essence et dans son origine, à **une conduite sociale qui s'impose par sa propre force. C'est un droit oral**.

b. *Le facteur temps.* La même solution juridique doit être appliqué dans un certain laps de temps, dans des cas similaires. « *Une fois n'est pas coutume* ».



Les précis de la Corpo



37

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

c. *Le consentement populaire.* La coutume s'apparente à un droit qui est **secrété par la population, le tissu social**. Elle émane de **la base**. Elle est **populaire**, car elle est **fondée sur un consentement général**.

L'importance de la coutume dans le monde romain.

L'unique source de droit à Rome, autrefois. Il est évident que le développement de l'État romain est **venu minimiser l'importance de la coutume**.

Le développement du droit étatique n'a jamais fait disparaître la coutume à Rome. Les véritables lois étaient relativement rares. Certaines questions étaient essentiellement régies par les dispositions coutumières. A cette époque, l'Empereur était considéré **comme la loi vivante** « **LEX ANIMATA** ».

Le droit en usage de la cité de Rome était reconnu par Rome « **CONSUETUDINES LOCI REGIONIS PROVINCIAE** ». **Le phénomène du droit vulgaire**, « **vulgus** » c'est à dire le droit du peuple, appliqué par la population. Les historiens du droit désignent le droit que l'on retrouve dans les actes de la pratique. Il apparaît comme un droit simplifié et éloigné des analyses des grands juristes romains. Ce droit est celui d'une époque de décadence. Il a toujours existé, même pendant la grande Époque impériale. Il s'agissait d'un droit appliqué, concret, par les populations locales, d'un droit parfois différent du droit que l'on peut saisir par les actes normatifs, les analyses des grands juristes romains venant amalgamer des pratiques romaines aux usages locaux. **C'est un droit appliqué à titre de coutume.**

Le rôle de la coutume dans l'Ancienne France.

Le monde médiéval a hérité du monde romain. « **CONSUETUDO- CONSUETUDINES** » tire le caractère impératif d'un usage usé régulièrement. Il était utilisé pour viser toutes sortes de taxes, dues à un seigneur par les habitants de sa seigneurie. Puis, il désigna **un droit d'origine non étatique**, au sens romain.

La question de l'émergence du phénomène coutumier.

L'époque franque n'ignorait pas ce phénomène coutumier. Les peuples barbares (germaniques) vivaient sous l'empire de coutumes et de traditions orales avant les invasions. Au moment de l'installation de l'Empire romain, ils ont été amenés à mettre par écrit, les coutumes les plus importantes. Des dispositions coutumières sont devenues de véritables lois après avoir été reprises, rédigées et promulguées par l'autorité législative.

Ces lois nationales étant très sommaires, elles ne couvraient pas l'ensemble de situations juridiques. Les populations continuaient à être régies par des coutumes orales, soit par le droit romain simplifié **avec le droit vulgaire**.

Au Moyen-Âge, la coutume était une source importante du droit malgré les droits nationaux.



Les précis de la Corpa



38

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

A l'époque carolingienne, ces coutumes étaient en concurrence. L'importance de ces coutumes était contrebalancée par les lois nationales, le droit émane du roi carolingien, c'est à dire un droit étatique contenu dans les capitulaires.

Cependant la France post carolingienne a connu après la disparition des carolingiens a connu un double phénomène.

- a- *L'affaiblissement du pouvoir impériale puis royale.*
- b- *Le phénomène de la dislocation territoriale.*

Ces deux phénomènes expliquent l'**émergence des coutumes** dans la France médiévale.

A cause du vide par l'affaiblissement du phénomène royale, la coutume est devenue **la principale source de droit**. Le phénomène de dislocation territoriale explique **la diversité** coutumière qui caractérise cette France du 11^{ème} siècle. Étant autonome et indépendante, les coutumes qui s'y sont développées étaient différentes d'une principauté à une autre.

Deux remarques :

- I- *Diversité coutumière caractérise la France médiévale, il ne faut pas exagérer cette diversité coutumière.* Certains travaux ont pu révéler l'existence de véritable groupe de coutume pour certaines régions. Des coutumes qui étaient différentes sur tels aspects secondaires, mais présentaient tout de même d'importants traits communs.

Ex : Ouest de la France. Nord de la France. Normandie.

- II- *L'étendue du phénomène coutumier.* On a longtemps considéré que l'émergence de coutumes n'avait affecté que la partie nord de la France. Après la diffusion du droit roumain au 12^{ème} siècle , la France a été découpée en deux.

Nous avons les pays de coutumes au Nord et les pays de droits écrits au Sud. Une ordonnance royale de 1251 fait expressément référence au droit romain qui précise qu'il est en usage dans le Sud de la France. Le roi **Philippe Le Bel** précise que les plaideurs originaires du pays de droit romain verront leurs appels jugés selon ce même droit.

Cette idée de partition en deux de la France a été remise en cause. Ces régions du Sud n'avaient pas ignoré le phénomène coutumier. Les actes de la pratique ou notariés témoignent de **cette persistance du droit coutumier jusqu'au 15^{ème} siècle**.

Le droit romain a influencé le droit méridional par sa forme écrite.



Les précis de la Corpa



39

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

La rédaction de la coutume.

Les 12^{ème} et 13^{ème} siècles ont été marqués par une reconnaissance culturelle avec l'essor des études de droits qualifiés de savants, le droit romain et canonique. Cet engouement pour la science juridique a particulièrement influencé le monde juridique, par la forme écrite du droit. La coutume étant à l'origine un droit oral. Par une contagion de l'esprit juridique romain ou canonique, la coutume a été rédigée.

- *Les premières rédactions.*

A cause de l'influence des droits écrits, s'est fait jour, l'idée d'une rédaction des coutumes au départ orale.

- I- *Dans les régions étant le berceau de cette renaissance juridique.*
- II- *Les villes du Nord de la France, des Flandres, du Saint Empire germanique ont obtenu la rédaction de leur droit, non pas sous forme de statut municipaux mais sous la forme de Charte de franchise.*
- III- *Après un siècle, le droit coutumier fait l'objet d'une rédaction.*

Conseil à un ami est rédigé par un juge royal, étant une œuvre privée par Pierre de Fontaines, en 1253, le Livre de Jostice et de Plet, en 1259 et l'Établissement de Saint Louis. Philippe de Beaumanoir a mis par écrit les coutumes de Clermont en Beauvaisis.

A retenir le dernier, face à sa précision et sa richesse. Il ne s'est pas borné à une simple énumération. Il en fait **un commentaire** incluant des arrêts de la jurisprudence, une comparaison entre le droit coutumier et les droits savants. Il a inséré quelques considérations sur des frontières entre le droit publique et politique, tel que le pouvoir normatif du roi de France.

Parfois fait **d'une autorité officielle**, d'autre fois, fait par des **personnes privées**. Ces coutumiers n'émanaient pas de l'autorité publique. Ils n'offraient pas toutes les garanties souhaitables d'authenticité. D'où l'idée d'une rédaction officielle des coutumes pour palier cet inconvénient.

- La rédaction officielle des coutumes.



Les précis de la Corpa



40

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Ces rédactions privées ne **faisaient pas preuves en justice**, même si elles pouvaient être utiles aux juristes et influencer le juge. Pour ces régions du nord, la coutume restait officiellement orale et suivait les modes de preuve de la coutume orale. La rédaction est ponctuée par trois grandes étapes.

Fort de quelques exemples étrangers, dès le début du 15^{ème} siècle quelques rédactions officielles ont été réalisées, à Anjou en 1411, à Poitou en 1417. En 1454, par l'article 125 de l'ordonnance (texte normatif royale) de Montils-Les-Tours, le roi Charles VII ordonna la rédaction officielle de toutes les coutumes de France.

a/ L'ordonnance précise le pourquoi de cette rédaction..

b/ Mettre un terme aux inconvénients.

c/ Le roi n'entend pas uniformiser le droit français.

d/Au terme de cette procédure, la rédaction des coutumes n'a pas uniquement été le fait des hommes du roi ni même de spécialiste du droit.

Certaines coutumes ont été rédigées quelques temps après ces ordonnances telles que celles de Bourgogne ou Franche Comté en 1459. Il s'agissait de l'aboutissement d'un mouvement de rédaction officiel et amorcé avant l'ordonnance.

Pour le reste, rare furent les coutumes rédigées durant les 20 années qui ont suivi l'ordonnance. En réalité, ce ne fut qu'au début du 16^{ème} siècle, que la rédaction des coutumes a été réellement menée.

La seconde moitié du 16^{ème} est marquée par un mouvement de réformation des coutumes. Dès le milieu du 16^{ème}, de nouvelles coutumes ont été rédigées ou « corrigées, amendées et réformées » pour tenir compte de ces réalités nouvelles.

Ex : La coutume Bourgogne 1575, Poitou et Touraine 1559, Bretagne 1580. La plus important a été celle de la coutume de Paris en 1580.

Ce mouvement de réformation des coutumes est intéressant :

- parfois il a fourni l'occasion d'introduire dans le droit coutumier, **des solutions empruntées au droit romain.**

- à une certaine unification du droit, notamment la réforme de Paris.

La coutume de Paris et d'Orléans est devenue le droit commun coutumier. Jusqu'à la révolution, la France connaissait bien une diversité coutumière. Néanmoins, malgré tout, à partir de la fin du 16^{ème} siècle, les coutumes de Paris et d'Orléans, sont venues formées une sorte de droit commun des diverses coutumes du Royaume, ouvrant la voie à une unification du droit, qui ne s'opérera qu'après la révolution au 19^{ème}.

Le 16^{ème} siècle a été marqué par une **seconde renaissance du droit romain** marquée par **CUJAS**, mort en 1590. Ces nouveaux romanistes envisageaient le droit romain sous un angle historique. **Le droit romain est le droit d'une époque donnée.** Issue de l'école historique, ils envisageaient le droit romain de manière



Les précis de la Corpa



41

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

scientifique, sans se soucier de la pratique de leur époque. Néanmoins, cette seconde renaissance a eu une énorme influence sur la pratique. Dans certaines régions, le droit romain est venu évincer de nombreuses coutumes notamment dans le Sud de la France. En témoigne, le peu de régions dans le Sud, en France, qui ont procédé à la rédaction de leur coutume. Les tribunaux appliquaient le droit romain.

➤ Considérations sur la coutume

La condition de la validité de la coutume

Son ancienneté

Les juristes romains de l'époque classique considéraient que seule la coutume ancienne avait autorité. Sans fixer de durée précise, ces juristes se contentaient d'affirmer qu'un comportement ne devient une véritable coutume qu'après « *un long temps* ».

On retrouve cette même idée chez ces juristes médiévaux. C'est « *un usage immémorial* ». L'origine doit se situer au delà de la mémoire d'un homme selon Beaumanoir.

Le grand juriste consulte **AZON** considérait qu'un usage était coutume au bout de 10 ans.

BALDE DE UBALDIS s'est montré le plus précis. La coutume se prescrit par 10 ou 20 ans en fonction des matières, lorsqu'elle porte sur une question qui n'est pas réglée par le droit romain. Ce délai de prescription doit être porté à 40 ans lorsque que la solution coutumière est contraire au droit romain.

L'adhésion populaire

Cette seconde condition se retrouve chez les juristes romains puisque **Cicéron** détermine cette seconde notion comme une condition. C'est l'accord unanime du **populus** ou l'adhésion des usagers.

I- *Le rôle du consentement populaire dans le processus de formation de la coutume.*

De nombreux juristes médiévaux voyaient dans l'usage de la population la cause de la coutume et le fondement de son autorité. Dans la seconde moitié du 13^{ème} siècle, **PIERRE DE BELLEPERCHE** et toute une partie de la doctrine a considéré que la cause de la coutume n'était pas l'usage répété par une population mais le consentement tacite des usagers. **C'est l'acte fondateur**.

II- *Les difficultés.*

a) Pour déterminer si la coutume né d'un consentement unanime ou de la majorité de cette population.



Les précis de la Corpa



42

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

- b) Le rôle de l'autorité religieuse pour le droit canonique, politique pour le droit séculier. Le roi de France était considéré comme **le gardien des coutumes. Il devait conserver les coutumes et d'abolir les mauvaises coutumes.**

Q1 : La plupart des auteurs ont toujours affiché un certain flou concernant le consentement populaire. L'unanimité ne peut être obtenue. Dans les tribunaux, les coutumes pouvaient se prouver par le système dit « l'enquête, par turbe ».

Plusieurs personnes devaient collectivement et unanimement attester auprès du tribunal, l'existence d'une coutume. Ces personnes ne venaient pas prouver l'existence mais plutôt **exprimer la conscience populaire**.

Q2 : La question du rôle de l'autorité renvoie à l'affirmation des pouvoirs supérieurs, de la papauté, du pouvoir royal. La position de la doctrine a évolué parallèlement aux pouvoirs de ces autorités.

A l'époque moderne, développement par **F. SUAREZ**. Dans son traité des lois, Suarez consacre un long développement à la question de la coutume dans laquelle il précise que dans le processus de formation de la coutume, le consentement du peuple introduit une **coutume de fait**. Il précise, le consentement du législateur, transforme cette coutume de fait en **coutume de droit**

L'un des juristes du début du 18^{ème} **Michel Prévôt de LA JANNES** : « *dans les États monarchiques telle que la France où la volonté du Prince fait la loi, les coutumes ne peuvent recevoir le caractère de loi que par l'approbation expresse ou tacite du souverain* ».

Le caractère raisonnable de la coutume

Caractère raisonnable : condition classique posée par la doctrine depuis le Bas-Empire.

- *Compilations de Justinien* : condamnation des « mauvaises coutumes », les coutumes déraisonnables.
- *Autorité supérieure* : le prince abroge les coutumes déraisonnables.

Le roi « gardien des coutumes ».

Caractère raisonnable : la coutume est critiquée à la fin de l'Ancien Régime

- *Diversité coutumière*.
- *Instabilité coutumière* : insécurité juridique.



Les précis de la Corpa



43

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

- *Fin de l'époque moderne* : critique au nom de la raison.

Mutations intellectuelles et philosophiques : passage de l'idée classique selon laquelle le rapport juste existe dans la nature des choses, en dehors de l'homme, qui peut le constater par l'observation.

La coutume est un fait répété dans le temps accepté par tous. **Elle exprime le rapport juste.**

En conclusion, cette évolution de la réflexion sur la validité de la coutume s'explique par la montée en puissance des autorités politiques, du pape ou du Prince. La coutume n'est qu'une **source du droit que si elle est approuvée par le législateur**, c'est à dire fondée à cette optique de fonder le droit. **Plus l'État est fort, moins la coutume a d'importance.**

Le rapport entre la coutume et la loi.

Les juristes romains distinguent la loi de la coutume. Dès l'Antiquité tardive, ils ont insisté sur l'idée du consentement du peuple. Ces juristes en venaient à souligner que, dans le cas de la coutume comme dans le cas de loi, le peuple est à l'origine du « **Jus** », de manière formelle ou de manière tacite. Cette distinction a tendance à s'effacer par une remise en cause du caractère oral de la coutume.

Cette oralité la distingue de la loi. Ce caractère sans disparaître, a eu tendance à être de moins en moins important. L'oralité n'était plus une des caractéristiques premières de la coutume, cette différence a eu tendance à s'effacer.

Un même auteur est capable d'évoquer des réponses contradictoires. L'empereur **TRAJAN**, dans une lettre, n'hésite pas à affirmer que la coutume est inférieure à la loi. Mais, **TRAJAN** considère également qu'une coutume peut mettre en échec une loi. **Une loi peut tomber en désuétude à cause d'une coutume. La coutume peut venir compléter la loi ou la confirmer.** La coutume contra legem amène à la même hésitation qu'à l'époque précédente. L'empereur **CONSTANTIN** « *la coutume ne peut pas vaincre la loi* ». Néanmoins, la volonté du peuple exprimée de manière tacite par la coutume, peut tout de même faire échec à la loi, selon les juristes.

La réflexion sur la coutume contre la loi s'est accompagnée de la montée en puissance des autorités législatives. Pape Grégoire IX « *si la coutume ne peut pas déroger au droit naturel, elle peut cependant déroger sur le droit positif, si elle est **raisonnable et légitimement proscrite**.* » Ces successeurs ont rajouté l'**approbation par l'autorité législative**, comme troisième condition. **La coutume n'a de réelle force juridique quand elle est approuvée par le législateur.** Rôle prépondérant de la volonté du législateur supérieur et non du peuple.



Les précis de la Corpo



44

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

La loi

« **Nomos – Nomoï** » est la loi en latin. C'est un ensemble de règles et de normes anciennes à l'origine non écrite, exprimant le droit immuable, puisqu'il est fondamental. **ARISTOTE** voit dans ces règles, le fondement de la cité. Il les oppose aux lois ordinaires qui peuvent être modifiées par le législateur.

« **Lex** » en grec.

➤ La loi à Rome

La loi à l'époque Républicaine

Le vote de la loi est le **fruit d'une collaboration, entre les différents rouages des institutions républicaines**, c'est à dire entre un magistrat (le Consul), le Sénat (Assemblée démocratique) et les Comices (assemblée populaire).

Le conseil propose une loi, votée par les Comices, le Sénat par son « **auctoritas** » confirme la loi votée par l'Assemblée populaire.

Le rôle des Assemblées populaires dans l'évocation d'une procédure démocratique. Le caractère démocratique ne doit pas exagérer dans le processus du caractère de la loi. Les plus riches et les plus vieux avaient **une voix prépondérante**.

Le Sénat comme le magistrat avait un rôle prépondérant. Il **contrôle l'opportunité et la légalité de la norme votée**. Cette procédure a été modifiée par une loi de 339 avant Jésus-Christ, en transformant la ratification en une autorisation préalable. Le Sénatus-Consulte n'intervenait plus après le vote de la loi, mais avant le vote de loi. **On reconnaît un rôle prépondérant du magistrat et du Sénat.**

La Grande loi des Douze Tables rédigées en 450 avant Jésus-Christ, selon la tradition juridique romaine serait la première loi votée par une Assemblée du peuple.

Les lois à Rome ont toujours été **rares**. On compte 800 lois, pour toute la période Républicaine, comparé à l'activité législative actuelle n'est rien. Les romains n'ont jamais vraiment été **un peuple de législateurs**.

La loi à l'époque impériale

L'objectif d'**Octave** a été de conserver les institutions républicaines. **Marc-Antoine** depuis l'Égypte entendait établir une monarchie à Rome. **Octave** se présente comme « *le curateur de la République* », celui qui venait soigner les institutions républicaines.



Les précis de la Corpa



45

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Dès le début de l'Empire, **Auguste** et ses successeurs ont restauré et conservé l'habitude de convoquer les comices pour faire adopter de véritables lois, puisque la République n'avait pas complètement disparu.

Dès la fin du 1^{er} siècle, faute de comices et d'assemblées populaires, la loi au sens strict du terme a disparu du paysage romain.

Les normes créées par l'Empereur (mandat, constitution, édit) ont pris une place prépondérante. Cet empereur est devenu peu à peu une source à part entière du droit.

Au 3^{ème} siècle après Jésus-Christ, **ULPIEN** « **QUOD PRINCIPI PLACUIT LEGIS VIGOREM HABET** » « *ce qui a plu au Prince à force de loi* ». Cette traduction est délicate puisqu'elle peut induire en erreur le juriste moderne pour deux raisons.

- a- *En raison du sens moderne, du verbe plaire.. Le droit n'est pas seulement l'expression de la volonté du législateur mais le juste. La volonté n'est qu'un moyen pour faire triompher le juste préexistant.*
- b- « *Le prince a trouvé juste à la vigueur d'une loi* », selon **ULPIEN**, on note la prudence d'**ULPIEN**. Cette formule traduit l'affirmation du pouvoir normatif de l'empereur, tout comme l'idée que l'empereur, titulaire d'un pouvoir législatif **n'est pas lié au droit en vigueur**.
« **PRINCEPES LEGIBUS SOLUTUS EST** », il ne peut pas abroger ce droit, ni le modifier.

Le pouvoir normatif de l'empereur s'est développé. La norme impériale est une loi, au bas Empire. Les juristes ne s'embarrassent plus des précautions d'**ULPIEN**. L'empereur, autorité suprême, est la « **LEX ANIMATA** », « *la loi vivante* ». Pour le bien du peuple, l'empereur doit conserver **le droit existant avec le Code Théodosien et les compilations justiniennes.**

➤ La loi comme expression du pouvoir souverain

Le roi est avant tout **un justicier suprême**, c'est à dire la personne chargée de faire régner la justice parmi ces sujets. **L'essence propre de la monarchie** est de faire régner la paix. **La loi est un moyen d'expression de la justice.**

Ex : dans les capitulaires carolingiens, le préambule souligne que le roi est amené à légiférer pour faire triompher la justice, moyen de la paix.

Dès la fin du 9^{ème} siècle, **un double mouvement** est venu affecté cette capacité normative du roi.



Les précis de la Corpo



46

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

A- *Les rois Francs ont perdu cette capacité à légiférer*, face aux troubles politiques, les rois de plus en plus faibles ont perdu les moyens matériels et politiques nécessaires à l'exercice effectif du pouvoir législatif. Le dernier capitulaire date de 884.

B- *100 ans après, les princes territoriaux ont réussi à s'accaparer de prérogatives*. Certains légifèrent pour leur principauté.

Lorsque le pouvoir royal a cherché à récupérer cette capacité normative, il a dû nécessairement prendre en compte ce comportement politique du grand seigneur, en associant ces princes territoriaux à l'exercice du pouvoir normatif.

L'affirmation du pouvoir normatif du roi, au Moyen-Âge.

A partir du 12^{ème} siècle, le roi était reconnu comme justicier suprême. Le pouvoir normatif découlant de la justice. On peut estimer que cette reconquête du pouvoir normatif a été marquée par quelques grands temps forts.

Les premiers temps de la législation royale.

L'association des barons à l'exercice du pouvoir normatif a été totale. Un coutumier de Touraine-Anjou date du 13^{ème} siècle rend parfaitement compte de cette association de procédure. « *Si un baron entendait un seigneur appeler justice sur sa terre, le roi ne peut mettre ban, sur la terre de ce seigneur sans son assentiment* » Suivant une conception traditionnelle du pouvoir, le pouvoir de commander/de créer la norme est lié au pouvoir de justice.

Quand les premiers Capétiens souhaitent prendre une mesure générale, applicable sur tout le Royaume, ils commencent toujours par réunir une assemblée de barons ⇒ Ordonnance de 1155 = première ordonnance prise par un droit capétien. On sait que cette ordonnance instaurant une paix a été prise par le roi Louis VII. Les seigneurs ont juré de respecter la mesure prise par le roi. Il transparaît bien qu'à cette époque, la souveraineté royale allant en s'affirmant, l'ordonnance est bien prise au nom du roi (il prenait la décision seule), néanmoins, les seigneurs étaient associés à l'exercice de ce pouvoir normatif.

Cette théorie correspond bien à la réalité du XII^{ème} siècle, mais pas à celle du XIII. On constate qu'au début du XIII ... 1223 ⇒ La fin de ce texte, qui est souscrit par 20 barons, prévoyait que les dispositions de ce texte devaient être appliquées « tant par ceux qui ont juré l'établissement que par ceux qui ne l'ont pas juré ». Partant de cette courte précision, on peut croire donc que les débuts du XIII marque le passage d'un système où chaque baron devait s'engager pour voir l'ordonnance s'appliquer sur sa terre à un système où une majorité de



Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

qualité seule pouvait suffire pour que le texte soit applicable sur l'ensemble du Royaume. Ce texte de 1223 témoigne déjà d'une évolution dans le processus normatif du roi.

Cette évolution est confirmée par un texte de 1230 qui n'est souscrit que par 7 barons, mais qui se sont engagés à respecter cet établissement mais aussi à le faire respecter.

En l'espace de moins d'un siècle, l'autorité royale était beaucoup moins tributaire de l'assentiment des barons, et cette affirmation du pouvoir du roi s'est accélérée au début du XIII^{ème} siècle.

La conception de Philippe de Beaumanoir

C'est un juge royal qui a théorisé le pouvoir normatif du roi de France, dans les Coutumes de Beauvaisis en 1283. Approche intéressante car, même si l'auteur se montre favorable à l'autorité du roi, il reste beaucoup plus réaliste que certains juristes qui n'hésitaient pas à se hasarder dans quelques considérations théoriques qui ne reflètent pas la pratique de cette époque. Il est vrai tout de même que dans ces coutumes que l'auteur reprend ces deux adages du droit romain, adages exaltant la toute puissance législative de l'empereur.

Chez cet auteur, cette référence du droit romain ne débouche par sur une quelconque exaltation du pouvoir royal. Il ne tire aucune conséquence des adages romains. Au contraire, de manière générale, de Beaumanoir se montre très prudent quand à la capacité normative du roi.

➔ Le droit et la coutume

De manière générale, Beaumanoir pose une série de distinctions. C'est ainsi que parmi toutes ces distinctions qu'il distingue les établissements pris en temps de paix des établissements pris en temps de guerre/ « *en temps où l'on se doute de guerre* ». L'auteur précise alors qu'en temps de paix que le droit applicable est normalement celui de la coutume, le roi est tenu de respecter et de faire respecter. On retrouve l'image du roi gardien des coutumes, ce qui souligne le réalisme de Beaumanoir. Cependant, ce réalisme ne doit pas être compris comme une totale limitation du pouvoir normatif du roi en temps de guerre. En effet, au Moyen-Âge, cette qualité de gardien des coutumes n'était pas comprise comme juste passive. Ce rôle est aussi actif car le roi avait le droit et même le devoir d'abolir les mauvaises coutumes. Cela venait faire du roi le juge des coutumes, car c'est à lui et à ses juges qu'ils revenaient de vérifier le caractère juste/raisonnable d'une coutume et ce quelque soit l'ancienneté de cette coutume. Le critère de l'ancienneté de la coutume a eu tendance à s'estomper au profit de la rationalité de la coutume. Étant juge de la rationalité des coutumes, le pouvoir royal pouvait intervenir dans de nombreux domaines. Le roi devait aussi agir dans des domaines non couverts par la coutume.

Par ailleurs, quand il aborde cette question du pouvoir normatif du roi en temps de guerre, Beaumanoir considère que le roi peut faire, pour le « commun profit », des ordonnances qui normalement porteraient atteinte aux droits de ses sujets. « *Le temps de nécessité excuse ces mesures.* » Quand cette nécessité disparaît, l'excuse disparaissant, par ce fait même se trouve alors rétabli l'ancienne hiérarchie.



Les précis de la Corpo



48

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

On mesure combien l'ordre coutumier l'emporte toujours sur l'ordre crée par le Prince. Pour cet auteur, le droit applicable est celui de la coutume normalement et le pouvoir royal n'est fondé qu'à intervenir que pour combler un vide juridique ou éventuellement quand les nécessités l'exigent.

➔ Les conditions de la législation royale

Valable en temps de paix comme en temps de guerre. Trois conditions principales :

La législation royale doit être conforme au « commun profit », c'est à dire, pour être valable la législation royale doit être conforme à l'intérêt général, au Bien commun. C'est la cause finale de toute communauté politique. Beaumanoir ne fait que reprendre la conception admise par la pensée politique de son époque et que l'on retrouve dans les préambules des actes royaux qui précisent que les dispositions qui suivent ont été prises pour « le commun profit du Royaume de France » ou pour « l'utilité publique ».

Pour cet auteur, toutes législations doivent être raisonnables. Elles doivent être prises pour des « raisonnables causes ». Influence indirecte de St Thomas d' Aquin.

Ce caractère de la raisonnable cause ne se comprend qu'à la référence à cet ordre juridique supérieure que sont les lois de Dieu et de nature. Comme chez St Thomas, chez Beaumanoir : la raisonnable cause signifie que la législation royale doit être utile (combler un vide juridique ou rééquilibrer). La volonté royale n'est qu'un moyen de cette utilité.

Chez Beaumanoir, ce critère de la raisonnable cause implique que la législation du roi ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs, à la loi de Dieu, à la loi naturelle. Si c'était contraire à ces lois, si tel était le cas, les sujets ne seraient pas tenus d'obéir à ces lois. Quand la loi humaine est contraire à la loi naturelle, cette norme ne mérite pas d'être appelée loi et le dirigeant est un tyran.

Dans ces recueils, Beaumanoir précise que toutes nouvelles ordonnances doit être faite par « *très grands conseils* ». Gilles de Rome disait que « *le roi devait gouverner associé de beaucoup de conseillers sages et vertueux qui seront comme ses yeux, ses mains et ses pieds* » « *ils doivent conseiller au Prince de bonnes lois* ».

D'une part, on retrouve là l'idée très médiévale que le prince doit associer de nombreux conseillers à son pouvoir dans le but de parfaire la loi. Pour lui permettre d'édicter une norme conforme au Bien commun. Dans cette perspective médiévale, les conseillers n'étaient pas des contre-pouvoirs, leurs présences étaient comprises comme un moyen pour obtenir la meilleure loi possible.

Lorsque Beaumanoir utilise l'expression par « *très grands conseils* », on voit bien qu'il n'évoque plus l'assentiment des barons. Pour lui, le roi ne peut légiférer qu'après conseil, mais plus d'idée d'assentiment des barons. Si on s'attache aux termes mêmes employés par notre auteur, on voit qu'il ne parle plus de barons. Il parle juste d'un large conseil. A partir du XIII^{ème} siècle, peu à peu, les Roi de France ont pris l'habitude de s'adresser à quelques grands seigneurs mais également à des spécialistes de certaines questions. Ce qui au départ pouvait apparaître comme étant une imprécision ne fait que traduire le fait que la consultation royale a eu tendance de devenir de moins en moins féodale pour devenir de plus en plus technique.



Les précis de la Corpa



49

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

Si, à la fin du XIII^{ème} siècle, Beaumanoir affichait une certaine prudence vis à vis du pouvoir normatif du roi de France, certains de ses contemporains n'hésitaient pas à affirmer que le roi disposait d'une pleine capacité normative comparable à celle de l'empereur romain. Ce mouvement intellectuel, visant à assimiler le pouvoir normatif du roi de France à celui de l'empereur romain, s'est amplifié dans les siècles suivants. Tout ceci ne doit pas nous leurrer car si au XIV^{ème} et XV^{ème} siècle beaucoup s'accordaient pour donner cette puissance législative, les interventions royales restaient néanmoins timides. Les ordonnances n'étaient que des ordonnances de réformations → Le roi venait reformer le droit. On est bien loin de cette image de la toute puissance législative du roi.

Le pouvoir normatif à l'époque moderne

La fin du Moyen-Âge et le début de l'époque moderne marque le passage du roi justicier au roi législateur. De nombreux auteurs des XVI^{ème} et XVIII^{ème} siècle insistent sur la capacité normative du roi. A la fin du XVI^{ème} siècle, Jean Bodin, dans son ouvrage *Les six livres de la République* où il considère que le pouvoir normatif est la première marque de souveraineté. A cet égard, Bodin, d'une part reprend mot à mot les adages d'Ulpien et d'autre part, partant de là, Bodin souligne que les lois du roi (« prince souverain ») dépendent de sa « pure et franche volonté ». Deux remarques :

Tout d'abord, pour Bodin, la souveraineté est une puissance absolue de ce qu'il appelle « Une République » une organisation politique pour lui. Puissance qui est transmise : exercée soit par un seul (et dans ce cas là, État monarchique pour Bodin) soit par une élite (État aristocratique) soit encore par l'ensemble du peuple (État démocratique). On peut déjà noter que contrairement à la plupart des juristes médiévaux, Bodin n'envisage pas à titre principal la question de la monarchie ou du pouvoir royal. Il s'interroge sur la souveraineté à cette puissance qui permet à la République d'agir.

Partant de là, Bodin dit que l'autorité souveraine est en premier lieu celle qui peut exprimer sa volonté. Pour Bodin, en effet, le souverain est celui qui peut faire valoir sa pleine puissance. Pour lui, la souveraineté est une puissance de commandement. Partant de cette idée, Bodin considère que cette puissance s'exprime en premier lieu dans la capacité normative. « Le souverain est celui qui a la puissance de donner des lois à tous », c'est-à-dire, « de commander ou de défendre ce qu'il voudra sans qu'on puisse en appeler ni même s'opposer à ses amendements (ici, sens de commandements) ». Déjà à partir de là, on mesure tout ce qu'il y a de nouveaux dans cette conception.

Alors que les juristes médiévaux mettaient en avant la fonction judiciaire du roi, Bodin met en avant sa fonction normative. Avant, le roi était avant tout un juge, alors que pour Bodin il est avant tout un législateur. C'est bien par l'activité législative que se manifeste la puissance de commandement. Donc le souverain est en premier lieu un législateur.

Cette approche de Bodin se distingue de l'approche commune du Moyen-Âge, car au Moyen-Âge, la perfection/la validité d'une norme dépendait de sa finalité. A la différence de ça, Bodin insiste sur l'origine de la



Les précis de la Corpo



50

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

norme, c'est à dire, que pour lui la norme est parfaite à cause de son origine car elle vient du souverain. Pour lui, la norme est parfaite car elle exprime la volonté du souverain légitime. Chez Bodin, la volonté est donc première (alors que ce n'est qu'un moyen au moyen-Âge). Bien évidemment, Bodin n'oublie pas la raison. Il nous dit que la loi est fondée en bonne et vive raison. Mais sur cette question, il dit « Bien que fondée en bonne et vive raison, elle ne dépend pas moins de sa pure et franche libre volonté ».

Lorsque qu'on étudie Bodin, on est tenté de croire que les grands rois de l'époque moderne furent avant tout de grands législateurs. En effet, la loi étant désormais la première marque de souveraineté, il eut été logique que de rois réputés comme puissants soient avant tout des législateurs. Cependant, si on laisse de côté la théorie pour regarder la pratique, on voit que ce n'est pas le cas.

Ces rois puissants ont toujours été de timide législateur. Louis XV voulait réformer le droit de succession, il a promulgué une grande ordonnance en 1735. Mais cette ordonnance ne doit pas nous leurrer, car on sait que le roi a mis 5 ans pour réglementer uniquement la forme des testaments.